



ANA RITA AMARAL CAMPOS GIL

# **A PROTEÇÃO DERIVADA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DE IMIGRAÇÃO**

Dissertação com vista à obtenção  
do grau de Doutora em Direito  
na especialidade de Direito Público

Orientadores:

José João Abrantes, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de  
Lisboa

Nuno Piçarra, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Outubro de 2015



*O texto da presente dissertação é da exclusiva autoria de Ana Rita  
Amaral Campos Gil. A utilização de contribuições ou textos alheios  
está devidamente referenciada.*



*À memória do meu Avô, Fernando Amaral, que partiu durante  
este percurso  
e ao meu filho, Miguel, que durante este percurso nasceu  
(que eu saiba transmitir ao Último, os valores e princípios que o  
Primeiro me deu)*



## AGRADECIMENTOS

A presente dissertação corresponde a vários anos de investigação. Durante os mesmos, foram várias as pessoas que contribuíram, de uma forma ou de outra, para a redação da mesma e para o aprofundamento dos meus conhecimentos na área de estudo em que ela se insere. As minhas primeiras palavras de agradecimento não podem deixar de ser dirigidas, de forma muito sentida, aos meus orientadores, Professor Doutor José João Abrantes, e Professor Doutor Nuno Piçarra. Durante todo este percurso, tive o privilégio de os ter ao meu lado, incentivando a redação desta tese, a superação de dificuldades e momentos menos fáceis, sempre com uma palavra amiga e de motivação. Para além disso, foram inúmeras as oportunidades de aprofundamento científico que me proporcionaram e que contribuíram de forma ímpar para o enriquecimento dos meus conhecimentos sobre esta área do saber. Agradeço a amizade com que me honraram e a oportunidade de poder aprender e crescer tão mais com eles. Agradeço, por fim, a leitura atenta desta dissertação e todas as sugestões que serviram para melhorar o texto. Obviamente que qualquer falha que subsista é da minha inteira responsabilidade.

Na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa tive ainda a honra de poder contar com o incentivo e palavras amigas de muitos outros Professores. Agradeço em especial às Professoras Doutoradas Teresa Pizarro Beleza e Helena Pereira de Melo, a amizade, motivação e oportunidades científicas que me proporcionaram. Muito obrigada pela forma com que me receberam na Nova.

A presente tese foi subsidiada pela Fundação para a Ciência e Tecnologia, através da concessão de uma bolsa de doutoramento. Agradeço em especial o financiamento da estadia na University of British Columbia em Vancouver, onde estive um mês e meio como investigadora visitante, em 2009. Agradeço a forma como a Professora Catherine Dauvergne, titular da *Canadian Chair on Immigration Law* me recebeu. As mesmas palavras de agradecimento dirijo também ao Institut d'études Européennes de l' Université Libre de Bruxelles, onde fui duas vezes recebida durante a redação desta dissertação.

Obrigada a todos os que estiveram presentes neste percurso. Às minhas duas grandes amigas e colegas, não só por todas as tardes passadas na sala de doutorandos e partilha e angústias e motivações mas ainda depois de termos seguido percursos profissionais diferentes, Joana Farrajota e Rita Canas da Silva. Ao Francisco Pereira Coutinho a amizade e confiança, bem como os inúmeros convites para participar em interessantes projetos científicos. Aos meus colegas do Tribunal Constitucional, onde encontrei um ambiente de trabalho saudável e amigo, e aos Senhores Conselheiros Carlos Pamplona de Oliveira e Lino Rodrigues Ribeiro, com quem tive a honra de trabalhar, e que me permitiram conciliar o trabalho como assessora do Gabinete de Juízes, com a redação da presente tese.

Por fim, não posso deixar de agradecer à minha família, não só pelo tempo que este trabalho lhes roubou, como pelo incentivo e motivação permanentes para que o alimentasse. Em especial, ao meu pai e ao Tiago, que se aventuraram a ler esta tese com detalhe, entusiasmo e interesse. A este último, faltarão sempre palavras para agradecer tudo o que implica partilhar a vida com uma doutoranda e três crianças em casa, que tiveram de perceber prematuramente o que é uma tese de doutoramento.





## MODO DE CITAR

As referências bibliográficas ao longo do texto são feitas através de menção do nome do autor e das primeiras palavras da obra, de forma a que a mesma seja identificável na lista final de Bibliografia. Nos casos em que os autores escreveram, em datas diferentes, obras com títulos semelhantes, indica-se o ano de referência de cada uma. As referências de obras nas notas de rodapé encontram-se feitas por ordem cronológica.

As citações realizadas na língua original encontram-se feitas em itálico e entre aspas baixas. Nas citações em português usamos apenas aspas do tipo mencionado. As aspas altas servirão para destacar uma terminologia específica, ou da nossa autoria, ou quando o próprio citado usa aspas para destacar uma determinada expressão.

Seguimos o novo acordo ortográfico da língua portuguesa, aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 35/2008, de 29 de julho. Nas citações mantemos, porém, a grafia originariamente usada pelos autores ou organismos respetivos.

Na lista de Bibliografia, os autores estão ordenados alfabeticamente pelo último apelido. No caso de apelido composto por dois nomes unidos por travessão, o último apelido é composto pelo conjunto desses dois nomes. As monografias, obras coletivas ou revistas estão escritas a itálico, seguidas da indicação da respetiva editora e data de edição. As contribuições em obras coletivas ou artigos de revistas estão escritos em letra normal, entre aspas altas, seguidos de indicação, em itálico, do título da obra ou revista, e de referência às páginas da respetiva contribuição.

Na lista de jurisprudência, identifica-se o sítio na internet ou publicação onde as decisões referidas podem ser consultadas. Em geral, as mesmas são identificadas por referência à data, nome do caso, e número do processo, queixa ou comunicação. As designações mencionadas são as que correspondem ao organismo em causa. Dentro da lista referente a cada organismo, as decisões encontram-se ordenadas por ordem cronológica.

A bibliografia e jurisprudência encontram-se atualizadas até julho de 2015.



## LISTA DE ABREVIATURAS

Ac. / Acs. – Acórdão / Acórdãos  
al. / als. – alínea / alíneas  
art. / arts. – artigo / artigos  
AA.VV. – Autores vários  
c. - contra  
CAAS – Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen  
CAT - Comité contra a Tortura  
CDC – Convenção dos Direitos da Criança  
CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia  
CE – Conselho Europeu  
CEDH – Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais  
Cf. – conferir  
CEE – Comunidade Económica Europeia  
ComEDH – Comissão Europeia dos Direitos do Homem  
coord.- coordenação  
CPLP – Comunidade dos Países de Língua Portuguesa  
CPTA – Código de Processo nos Tribunais Administrativos  
CRP – Constituição da República Portuguesa  
CSE – Carta Social Europeia  
Dec. - Decisão  
dir. – direção  
DL – Decreto-lei  
Doc. – Documento  
DR – Diário da República  
DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem  
ed. - Editado  
EEE – Espaço Económico Europeu  
ELSJ– Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça  
EUA – Estados Unidos da América  
JO – Jornal Oficial da União Europeia  
n.º/ns.º - número / números  
N.U. –Nações Unidas  
OIT – Organização Internacional do Trabalho  
ONG/ONGs – Organização não Governamental / Organizações não Governamentais  
ONU – Organização das Nações Unidas  
Org. – organização

p. – página / páginas

PE – Parlamento Europeu

proc. - processo

PIDCP – Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos

PIDESC – Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais

Séc. / Sécs. – século / séculos

SIS – Sistema de Informação Schengen

ss. - seguintes

STA – Supremo Tribunal Administrativo

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

Sup. - supervisão

TC – Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TIJ – Tribunal Internacional de Justiça

TUE – Tratado da União Europeia

Trad. - tradução

TJ – Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias / Tribunal de Justiça da União Europeia

UE – União Europeia

V. – ver

Vs. - *versus*

Vol. – volume

§ - parágrafo

## RESUMO

De acordo com a doutrina tradicional, fora do contexto das migrações forçadas, não é reconhecido um direito à imigração, detendo os Estados poderes discricionários no que toca ao controlo da entrada e permanência de estrangeiros no seu território. Essa doutrina, que foi fruto de uma evolução histórica, começa hoje a ser superada. Embora alguns autores defendam que essa superação implica o reconhecimento de um direito a migrar, tal não tem correspondência no direito positivo atualmente em vigor. Dele ainda resulta o reconhecimento do poder soberano do Estado no que toca ao controlo da imigração.

No entanto, dos vários instrumentos de direito internacional dos direitos humanos, bem como do direito europeu e do direito constitucional, assentes no reconhecimento do estrangeiro enquanto sujeito de direitos através da consagração de princípios como o da universalidade ou da proibição da discriminação, decorrem já os pressupostos para a superação da doutrina tradicional.

Os Estados estão vinculados a respeitar os direitos humanos dos estrangeiros no âmbito de toda a sua atuação, incluindo no exercício dos poderes de soberania em matéria de imigração. Essa vinculação permanente ao respeito pelos direitos humanos pode conduzir ao surgimento de direitos de imigração em determinados casos. Isso sucederá quando os direitos humanos exigirem, para a sua efetivação, a entrada, permanência ou obtenção de estatuto legal por parte do estrangeiro no território estadual. As fontes de direito pertinentes têm reconhecido direitos de imigração em certos casos, nomeadamente quando os mesmos se afigurem necessários para efetivar a proibição de sujeição a tortura ou tratamentos desumanos e degradantes, para proteger a vida familiar, ou ainda a vida privada, entre outros. Nesses casos, para se proteger eficazmente os referidos direitos humanos, o Estado deve reconhecer direitos de imigração. Trata-se, aqui, de uma “proteção derivada de direitos de imigração”, uma vez que tais direitos só surgirão enquanto *meios* para a proteção de *outros direitos* que são diretamente garantidos aos estrangeiros.

Para se proteger desta forma certos direitos de imigração, é necessário demonstrar-se que o estrangeiro é titular de um determinado direito humano e que este só pode ser eficazmente gozado mediante o reconhecimento de um direito de entrada, permanência ou estatuto legal no território. Ainda assim, estes direitos podem sofrer restrições, ditadas pela necessidade de salvaguarda de outros bens ou interesses públicos merecedores de tutela.

Por seu turno, as normas constitucionais consagradoras da proteção dos direitos fundamentais, interpretadas à luz dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, oferecem as bases para se rececionar, na nossa ordem jurídica constitucional, a doutrina da proteção derivada. Pode falar-se, em certos casos, em proteção derivada de *direitos fundamentais* de imigração.

Por fim, a efetivação destes direitos de imigração exige a consagração de diversas garantias, como o acesso a um procedimento justo e a um recurso efetivo, sem os quais os mesmos não passarão de direitos teóricos.

## ABSTRACT

According to the traditional doctrine, except in the context of forced migrations, there is no right to immigration and Nation-States have discretionary powers to decide on the entry and expulsion of Aliens from their territory. This doctrine is a result of an historical evolution and is currently being overcome. Although some scholars claim an actual recognition of a right to immigration, the current state of law does not allow such conclusion, as the normative sources still recognise the State's sovereign powers on immigration control – although some limitations to the exercise of these powers are admitted.

However, the several relevant instruments on international protection of human rights, of European law and of Constitutional law, set forth the principles that allow overcoming the traditional doctrine, such as the principle of universality of human rights and the principle of the prohibition of discrimination, which guarantee the recognition of the Alien as a Subject of Rights.

States are bound to respect human and fundamental rights while exercising all their powers, including immigration control. This permanent engagement to respect human and fundamental rights may lead to the recognition of immigration rights in specific cases. This will happen when the full exercise of the Alien's human or fundamental rights is dependent on the entry, the stay or the granting of a legal status to the Alien in the national territory. In such cases, in order to fully guarantee the human rights of Aliens, the State must recognise immigration rights. These immigration rights result from international human rights law, EU law, and Constitutional law, in particular when they are necessary to guarantee the prohibition of torture, inhuman and degrading treatment, family life and private life. There are also examples of other situations encompassing a “side protection of immigration rights”, which are yet to be more broadly developed. This situation can be qualified as a “side protection of fundamental immigration rights”, as such immigration rights are only protected as a *means* of guaranteeing *other human rights*, which are directly ensured to the Aliens.

In order to recognise a side protection of immigration rights, the Alien must demonstrate that he/she benefits from a specific human right, which may only be effectively guaranteed through the recognition of a right to enter, to stay or to obtain a legal status in the territory. Even then, immigration rights may be subjected to limitations, in order to protect other rights or legitimate public interests. The Constitutional provisions that guarantee fundamental rights, when interpreted accordingly to international human rights' norms, set the grounds to welcoming in our constitutional order the “side protection” doctrine. Therefore, we may refer to “side protected” fundamental immigration rights.

Finally, the law must foresee several guarantees, aimed at enforcing these immigration rights. For example, the right to a fair administrative procedure and the right to an effective judicial review of the administrative decisions must be assured. Without such guarantees, immigration rights will only be theoretical.

## ÍNDICE

<b>INTRODUÇÃO</b>	1
<b>CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS</b>	5
<b>1. Terminologia usada e delimitação do tema</b>	5
<b>1.1. Imigração, direitos de imigração e expulsão</b>	5
1.1.1. Imigração	5
1.1.2. O “direito à imigração” e os “direitos de imigração”	6
1.1.3. Expulsão	7
1.1.4. Exclusões do âmbito de estudo: imigrações forçadas e liberdade de circulação de cidadãos da UE	8
<b>1.2. Estrangeiro</b>	11
1.2.1. Da tradicional contraposição “nacional vs. estrangeiro” à multiplicidade de estatutos de estrangeiros	11
1.2.2. Da relevância da cidadania europeia em especial	13
1.2.3. O conceito de “nacional de país terceiro” do direito da UE como critério-guia para o conceito de “estrangeiro”	14
1.2.4. A irrelevância da cidadania da CPLP para o contexto da presente dissertação	16
1.2.5. “Estrangeiro” e “imigrante”	17
<b>1.3. Direitos fundamentais e direitos humanos</b>	19
<b>2. Fontes de direito e metodologia</b>	20
<b>2.1. Fontes de direito</b>	20
2.1.1. Direito internacional dos direitos humanos	21
2.1.2. Direito da União Europeia	26
2.1.3. Constituições, lei interna	29
<b>2.2. Metodologia</b>	29
2.2.1. A sistematização temática e análise transversal das fontes de direito	29
2.2.2. O princípio do tratamento mais favorável	30
2.2.3. A interpretação dos direitos constitucionais à luz dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos	32
2.2.4. Síntese conclusiva e indicação de sequência	39

## PARTE I

### DOUTRINA TRADICIONAL: NEGAÇÃO DE UM DIREITO À IMIGRAÇÃO

#### CAPÍTULO I: A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRATAMENTO DO ESTRANGEIRO E SURGIMENTO DA DOUTRINA TRADICIONAL

<b>1. O tratamento do estrangeiro na Antiguidade</b>	43
<b>2. O tratamento do estrangeiro na Idade Média</b>	45
<b>3. O surgimento do <i>ius communicationis</i></b>	46
<b>4. O desenvolvimento do <i>ius communicationis</i> com as Descobertas</b>	47
<b>5. O tratamento do estrangeiro após o Tratado de Vestefália</b>	49

<b>6. O tratamento do estrangeiro nos sécs. XVIII e XIX</b>	51
6.1. As declarações de direitos e as teorias do «dever de hospitalidade»	51
6.2. A dicotomia «Direitos do Homem / Direitos do Cidadão» e o direito de entrada e residência no território como um direito de cidadania	53
6.3. O surgimento dos primeiros controlos administrativos dos estrangeiros	55
<b>7. A «plenary power doctrine» do direito dos EUA</b>	57
7.1. Surgimento	57
7.2. A afirmação maximalista do <i>ius includendi et excludendi</i>	59
<b>8. Doutrina de finais do séc. XIX e inícios do séc. XX: duas tendências antagónicas</b>	60
8.1. As regras sobre admissão e expulsão de estrangeiros do Instituto de Direito Internacional	60
8.2. A atividade dos tribunais arbitrais	62
8.3. A doutrina	63

## CAPÍTULO II: A SEDIMENTAÇÃO DA DOUTRINA TRADICIONAL E SUA TRANSPOSIÇÃO PARA A PRÁTICA

<b>1. O surgimento dos controlos migratórios nos inícios do séc. XX</b>	67
<b>2. A generalização dos controlos migratórios após a IIª Grande Guerra</b>	68
<b>3. O controlo da imigração nos anos 60 e 70</b>	69
3.1. Contexto	69
3.2. Portugal	70
<b>4. A política de imigração nos anos 80 e 90</b>	71
4.1. Contexto	71
4.2. O surgimento e desenvolvimento de uma política europeia comum de imigração	72
4.3. O desenvolvimento da “política de imigração” em Portugal	75
<b>5. A primeira década de 2000</b>	77
5.1. Contexto	77
5.2. Os desenvolvimentos da política europeia comum de imigração	78
5.3. Os desenvolvimentos legislativos em Portugal	80
<b>6. A doutrina tradicional na atualidade: persistência e desafios atuais</b>	81
6.1. As resistências do <i>ius includendi et excludendi</i> no contexto da política europeia comum de imigração	82
6.2. Os desafios atuais em matéria de controlo da imigração	84

## CAPÍTULO III: A CONSAGRAÇÃO DA DOUTRINA TRADICIONAL NO DIREITO POSITIVO

<b>1. INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS</b>	88
<b>1.1. Entrada de pessoas no território estadual</b>	88
1.1.1. O não reconhecimento de um direito de entrada a estrangeiros no território estadual	88
1.1.2. A previsão de um direito de entrada para os cidadãos nacionais	90
<b>1.2. Previsão de um direito de livre circulação e residência no interior do Estado</b>	92



1.3. Consagração de um direito à emigração-----	93
1.4. Permanência no território estadual-----	96
1.4.1. A proibição de expulsão de cidadãos nacionais-----	96
1.5. A consagração da doutrina tradicional na jurisprudência internacional-----	98
2. DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA-----	100
2.1. Entrada e circulação de pessoas nos territórios dos Estados-Membros-----	100
2.1.1. A entrada de nacionais de países terceiros nos territórios dos Estados-Membros-----	100
2.1.2. O direito de livre circulação no interior da União Europeia-----	105
2.2. Permanência de nacionais de países terceiros nos territórios dos Estados-Membros-----	109
3. CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA-----	110
3.1. Direito de deslocação e de imigração-----	111
3.1.1. Direito de deslocação e de fixação no interior do território nacional-----	111
3.1.2. Direito de sair do território nacional-----	111
3.1.3. Direito de regressar ao território nacional-----	113
3.2. Permanência no território nacional-----	115
3.3. Outras experiências constitucionais-----	116
3.3.1. Espanha-----	116
3.3.2. Itália-----	117
3.3.3. França-----	118

#### CAPÍTULO IV: A DOCTRINA CONTEMPORÂNEA

1. A MANUTENÇÃO DA DOCTRINA TRADICIONAL-----	119
2. AS RAZÕES PARA A MANUTENÇÃO DA DOCTRINA TRADICIONAL-----	120
2.1. Impacto da imigração nos elementos do Estado-----	121
2.1.1. Território-----	123
2.1.2. População e Povo-----	126
2.2. Impacto da imigração no conceito de cidadania nacional-----	128
2.3. Impacto da imigração nos fins do Estado-----	129
3. A DEFESA DE UM DIREITO GERAL DE IMIGRAÇÃO-----	134
4. A AFIRMAÇÃO DE LIMITES AO <i>IUS INCLUDENDI ET EXCLUDENDI</i> ATRAVÉS DO RESPEITO PELOS DIREITOS HUMANOS DOS ESTRANGEIROS-----	138

### PARTE II

## O RECONHECIMENTO DO ESTRANGEIRO COMO SUJEITO DE DIREITOS NO DIREITO POSITIVO

### CAPÍTULO I: A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS DO ESTRANGEIRO

<b>1. A proteção dos direitos do estrangeiro no direito internacional interestadual: dos tratados bilaterais à proteção diplomática</b>	142
<b>1.1. Os tratados bilaterais</b>	142
<b>1.2. O instituto da proteção diplomática</b>	143
1.2.1. A doutrina do tratamento internacional mínimo	145
1.2.2. A doutrina do tratamento nacional	147
1.2.3. Desenvolvimentos posteriores	148
<b>2. O estrangeiro como sujeito de direitos no direito internacional dos direitos humanos</b>	149
<b>2.1. O surgimento do direito internacional dos direitos humanos</b>	149
2.1.1. O novo entendimento do nível de proteção dos estrangeiros no contexto da proteção diplomática	150
2.1.2. A “humanização” do direito internacional	152
<b>2.2. Âmbito de aplicação dos instrumentos de proteção dos direitos humanos</b>	154
2.2.1. Âmbito de aplicação pessoal: a irrelevância da nacionalidade	154
2.2.2. Âmbito de aplicação pessoal: a irrelevância do estatuto legal	157
2.2.3. Normas específicas relativas ao tratamento dos estrangeiros	159
2.2.4. Âmbito de aplicação territorial: o critério da jurisdição	162
<b>2.3. A proteção dos estrangeiros pelo princípio da proibição de discriminação</b>	166
2.3.1. A proibição da discriminação em razão da nacionalidade	167
2.3.2. A proibição da discriminação entre categorias de estrangeiros	179
<b>2.4. Instrumentos de proteção dos direitos humanos dos estrangeiros em especial</b>	182
<b>2.5. Organismos destinados à proteção dos direitos humanos dos estrangeiros</b>	186

## **CAPÍTULO II: O ESTRANGEIRO COMO SUJEITO DE DIREITOS À LUZ DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA**

<b>1. O âmbito de aplicação dos Tratados</b>	188
<b>2. A proteção dos estrangeiros na CDFUE</b>	190
<b>3. A proteção dos estrangeiros no direito derivado</b>	193
<b>4. O princípio da proibição da discriminação em razão da nacionalidade</b>	195
4.1. A problemática da aplicação do art. 18.º do TFUE aos nacionais de países terceiros	195
4.2. O art. 19.º do TFUE e direito derivado	198
4.3. O princípio da proibição da discriminação na CDFUE	200
4.4. O princípio da proibição da discriminação na política europeia comum de imigração	202

## **CAPÍTULO III: O ESTRANGEIRO COMO SUJEITO DE DIREITOS NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA**

<b>1. Evolução histórica da proteção constitucional dos direitos do estrangeiro em Portugal</b>	205
<b>2. O princípio da dignidade da pessoa humana</b>	206
<b>3. O princípio da universalidade</b>	207

<b>4. O princípio da igualdade</b>	209
<b>4.1. Outras experiências constitucionais</b>	210
4.1.1. Espanha	210
4.1.2. Itália	211
4.1.3. França	212
4.1.4. EUA	213
<b>4.2. Portugal</b>	214
<b>5. O princípio da equiparação</b>	216
<b>5.1. Sentido</b>	216
<b>5.2. Âmbito Objetivo</b>	218
<b>5.3. Âmbito Subjetivo</b>	220
5.3.1. A necessidade de residência ou presença no território	221
5.3.2. A (des)necessidade de legalidade do estatuto	223
<b>5.4. Exceções</b>	229
5.4.1. Exceções enumeradas no art. 15.º	229
5.4.2. Exceções previstas noutras normas constitucionais	231
5.4.3. Exceções previstas na lei	233

#### **CAPÍTULO IV: O ESTRANGEIRO COMO SUJEITO DE DIREITOS E A DOUTRINA TRADICIONAL**

<b>1. O não reconhecimento do estrangeiro como sujeito de direitos no contexto do exercício do <i>ius includendi et excludendi</i></b>	245
<b>2. A necessidade de respeito pelos direitos do estrangeiro no exercício do <i>ius includendi et excludendi</i></b>	249

### **PARTE III**

#### **A PROTEÇÃO DERIVADA DE DIREITOS DE IMIGRAÇÃO: CASOS E DOUTRINA GERAL**

##### **CAPÍTULO I: CONCEITO DE PROTEÇÃO DERIVADA**

<b>1. Aproximação ao conceito de proteção derivada de direitos de imigração</b>	255
<b>2. Os princípios interpretativos subjacentes à “proteção derivada”</b>	256
2.1. A interpretação teleológica	256
2.2. O princípio da eficácia da proteção dos direitos	257
2.3. O princípio da interpretação atualista	259
2.4. O resultado interpretativo: proteção derivada de direitos não expressamente reconhecidos	259
2.5. A aplicação da CEDH em matéria de imigração	261
<b>3. Elementos-travão na proteção derivada de direitos de imigração</b>	262
3.1. Afirmção do princípio do <i>ius includendi et excludendi</i>	263

3.2. Teoria da margem de apreciação-----	263
3.3. Teoria da “interpretação consensual”-----	265
<b>4. Indicação de Sequência-----</b>	<b>265</b>

## **CAPÍTULO II: CASOS DE PROTEÇÃO DERIVADA DE DIREITOS DE IMIGRAÇÃO NO DIREITO POSITIVO**

<b>1. Proibição de tortura e tratamentos desumanos e degradantes-----</b>	<b>268</b>
<b>1.1. Jurisprudência dos órgãos de garantia da CEDH-----</b>	<b>269</b>
1.1.1. Evolução da jurisprudência-----	269
1.1.2. Proteção <i>indireta</i> -----	271
1.1.3. Âmbito de proteção subjetivo-----	273
1.1.4. Âmbito de proteção objetivo-----	274
1.1.5. Resenha de casos de proteção-----	275
1.1.6. Condições para a proteção-----	279
1.1.7. Natureza absoluta da proteção-----	282
<b>1.2. Outros instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos-----</b>	<b>284</b>
1.2.1. Decisões do Comité dos Direitos Humanos das Nações Unidas-----	284
1.2.2. Decisões do Comité contra a Tortura-----	286
1.2.3. Outros instrumentos internacionais-----	289
<b>1.3. Direito da União Europeia-----</b>	<b>290</b>
1.3.1. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia-----	291
1.3.2. Instrumentos da política comum de imigração-----	293
<b>1.4. Constituição Portuguesa-----</b>	<b>296</b>
1.4.1. Proibições constitucionais de extraditar em função da pena aplicável-----	297
1.4.2. O direito à integridade pessoal-----	304
<b>1.5. Lei de Imigração Portuguesa-----</b>	<b>306</b>
<b>1.6. Síntese Conclusiva-----</b>	<b>308</b>
<b>2. Proteção da unidade familiar-----</b>	<b>310</b>
<b>2.1. Considerações introdutórias-----</b>	<b>310</b>
<b>2.2. Jurisprudência dos órgãos de garantia da CEDH-----</b>	<b>312</b>
2.2.1. Considerações gerais sobre o art. 8.º da CEDH-----	312
2.2.2. Princípios gerais de decisão-----	313
2.2.3. Evolução da jurisprudência-----	314
2.2.4. Método de decisão-----	325
2.2.5. Análise crítica-----	341
<b>2.3. Outros instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos-----</b>	<b>354</b>
2.3.1. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos-----	355
2.3.2. Convenção dos Direitos da Criança-----	360
2.3.3. Convenção das Nações Unidas para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros das suas Famílias-----	364
2.3.4. Instrumentos da OIT-----	365
2.3.5. Outros instrumentos-----	365

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

2.3.6.	Carta Social Europeia-----	366
2.3.7.	Convenção Europeia de 1977 relativa ao Estatuto Jurídico do Trabalhador Migrante--- -----	367
2.3.8.	Outros instrumentos do Conselho da Europa-----	368
<b>2.4.</b>	<b>Direito da União Europeia-----</b>	<b>368</b>
2.4.1.	O direito à unidade familiar como direito fundamental reconhecido pelo direito da UE- -----	369
2.4.2.	Diretiva sobre reagrupamento familiar de nacionais de países terceiros-----	373
2.4.3.	Outras normas da UE com relevância em matéria de imigração legal-----	391
2.4.4.	Normas da UE em matéria de imigração ilegal -----	394
<b>2.5.</b>	<b>Constituição Portuguesa-----</b>	<b>395</b>
2.5.1.	A proteção da unidade familiar pela CRP-----	395
2.5.2.	O reconhecimento de direitos derivados de imigração através da proteção constitucional da unidade familiar-----	398
2.5.3.	Outras experiências constitucionais-----	403
<b>2.6.</b>	<b>Lei de Imigração Portuguesa-----</b>	<b>406</b>
2.6.1.	Reagrupamento familiar-----	406
2.6.2.	Limites às decisões de recusa de entrada e de expulsão -----	408
2.6.3.	Regularização do estatuto-----	409
<b>2.7.</b>	<b>Síntese conclusiva-----</b>	<b>411</b>
<b>3.</b>	<b>Respeito pela vida privada-----</b>	<b>413</b>
<b>3.1.</b>	<b>Jurisprudência dos órgãos de garantia da CEDH-----</b>	<b>414</b>
3.1.1.	Conceito de vida privada-----	414
3.1.2.	Evolução da jurisprudência: do respeito pela “vida familiar” ao respeito pela “vida privada e familiar”-----	414
3.1.3.	Afirmção do respeito pela “vida privada” como direito autónomo-----	418
3.1.4.	Afastamento da ideia de proibição de expulsão de “estrangeiros integrados”-----	422
3.1.5.	Análise crítica-----	423
<b>3.2.</b>	<b>Outros instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos-----</b>	<b>427</b>
3.2.1.	Decisões do Comité dos Direitos Humanos das Nações Unidas-----	427
3.2.2.	Decisões de outros organismos internacionais-----	429
<b>3.3.</b>	<b>Direito da União Europeia-----</b>	<b>430</b>
3.3.1.	Diretiva relativa ao estatuto de residentes de longa duração-----	430
3.3.2.	Diretiva relativa ao reagrupamento familiar-----	434
<b>3.4.</b>	<b>Constituição Portuguesa-----</b>	<b>436</b>
3.4.1.	O direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade-----	436
3.4.2.	Proteção das expectativas legítimas-----	438
3.4.3.	Aplicação analógica do art. 33.º, n.º1-----	440
3.4.4.	Outras experiências constitucionais-----	441
<b>3.5.</b>	<b>Lei de Imigração Portuguesa-----</b>	<b>441</b>
3.5.1.	Autorização de residência permanente e estatuto de residente de longa duração-----	441
3.5.2.	Limites às decisões de recusa de entrada e de expulsão-----	443
3.5.3.	Regularização do estatuto-----	444

3.6. Síntese Conclusiva-----	445
<b>4. Outras manifestações da proteção derivada de direitos de imigração-----</b>	<b>448</b>
4.1. Direito à vida-----	448
4.1.1. Jurisprudência dos órgãos de garantia da CEDH-----	448
4.1.2. Decisões do Comité dos Direitos Humanos das Nações Unidas-----	449
4.1.3. Constituição Portuguesa-----	450
4.2. Direito da criança à proteção do Estado-----	450
4.2.1. As duas vias de proteção da criança-----	450
4.2.2. Jurisprudência dos órgãos de garantia da CEDH-----	453
4.2.3. Comité Europeu dos Direitos Sociais-----	457
4.2.4. Comité dos Direitos da Criança-----	457
4.2.5. Direito da UE-----	457
4.2.6. Constituição Portuguesa-----	459
4.2.7. Lei de Imigração Portuguesa-----	460
4.2.8. Síntese Conclusiva-----	461
4.3. Direito à educação-----	461
4.3.1. Jurisprudência dos órgãos de garantia da CEDH-----	461
4.3.2. Direito da UE-----	462
4.4. Direito à proteção do trabalhador-----	463
4.5. Direito à proteção das vítimas de certos crimes-----	464
4.6. Direito de participação em processos judiciais em curso-----	467
4.7. Proibição de discriminação-----	468
4.7.1. Considerações introdutórias-----	468
4.7.2. Jurisprudência dos órgãos de garantia da CEDH-----	470
4.7.3. Decisões de outros organismos internacionais-----	473
4.7.4. Direito da UE-----	474
4.7.5. Constituição Portuguesa-----	475
4.8. Direito à liberdade de expressão-----	476
4.9. Direito à liberdade religiosa-----	478
4.10. Direito de propriedade-----	479
4.11. Síntese Conclusiva-----	480

### **CAPÍTULO III: BASES PARA UMA TEORIA GERAL E PARA UM ENQUADRAMENTO CONSTITUCIONAL DA PROTECÇÃO DERIVADA DE DIREITOS DE IMIGRAÇÃO**

<b>1. Condições para o surgimento e caracterização geral da proteção derivada de direitos de imigração-----</b>	<b>481</b>
1.1. Condições para a proteção derivada de direitos de imigração-----	481
1.1.1. Condições para o surgimento do direito-----	481
1.1.2. Possibilidade de restrições do direito-----	483
1.2. Caracterização de “direito derivado” de imigração-----	484
1.2.1. Direito “derivado”-----	484
1.2.2. Decisões derivado “de imigração”-----	485
1.2.3. Direito subjetivo-----	486

1.3. Deveres estaduais correspondentes-----	486
1.4. Consequências no entendimento do <i>ius includendi et excludendi</i> -----	490
2. Aplicação da doutrina da proteção derivada à proteção de direitos fundamentais pela Constituição-----	492
2.1. Caracterização dos direitos derivados de imigração enquanto direitos fundamentais-----	492
2.1.1. O direito derivado de imigração como direito fundamental material-----	492
2.1.2. Caracterização do direito derivado de imigração como direito-garantia-----	496
2.1.3. Múltipla natureza das garantias: direitos subjetivos e garantias institucionais-----	496
2.2. Restrições aos direitos fundamentais-fim-----	498
2.2.1. A possibilidade de restrições aos direitos fundamentais-fim-----	498
2.2.2. Delimitação do círculo de bens passíveis de justificar uma restrição em contexto de direitos derivados de imigração-----	499
2.2.3. Ponderação dos bens em conflito-----	509
2.3. Síntese Conclusiva-----	516

## PARTE IV

### A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE IMIGRAÇÃO

#### CAPÍTULO I: GARANTIAS PROCEDIMENTAIS

1. Considerações introdutórias-----	519
2. Obrigações procedimentais <i>stricto sensu</i> -----	521
2.1. Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos-----	521
2.1.1. Proibição de expulsões coletivas-----	521
2.1.2. Garantias procedimentais em processo de expulsão de estrangeiro em situação irregular-----	525
2.1.3. Direito a um processo equitativo em procedimentos de expulsão-----	527
2.1.4. Garantias procedimentais derivadas de outros direitos humanos-----	530
2.2. Direito da União Europeia-----	531
2.2.1. Carta dos Direitos Fundamentais da UE-----	531
2.2.2. Normas de direito derivado-----	533
2.3. Constituição Portuguesa-----	539
2.3.1. Normas relativas a procedimentos de expulsão-----	539
2.3.2. Outras garantias relativas a um procedimento justo-----	540
2.3.3. A inconstitucionalidade de decisões “automáticas”-----	542
2.4. Lei de Imigração Portuguesa -----	544
3. A previsão de “cláusulas de exceção”-----	546

#### CAPÍTULO II: DIREITO A UM RECURSO EFECTIVO

1. Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos-----	549
2. Direito da União Europeia-----	554

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

2.1. Carta dos Direitos Fundamentais da UE-----	554
2.2. Normas de direito derivado-----	555
<b>3. Constituição Portuguesa-----</b>	<b>557</b>
<b>4. Lei de Imigração Portuguesa-----</b>	<b>559</b>

### CAPÍTULO III: GARANTIAS RELATIVAS À DETENÇÃO DE IMIGRANTES

<b>1. Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos-----</b>	<b>561</b>
1.1. Jurisprudência dos órgãos de garantia da CEDH-----	561
1.2. Decisões do Comité dos Direitos Humanos das Nações Unidas-----	567
<b>2. Direito da União Europeia-----</b>	<b>568</b>
<b>3. Constituição Portuguesa-----</b>	<b>571</b>
<b>4. Lei de Imigração Portuguesa-----</b>	<b>572</b>
<b>5. Síntese Conclusiva-----</b>	<b>573</b>

<b>CONCLUSÕES -----</b>	<b>577</b>
<b>BIBLIOGRAFIA -----</b>	<b>587</b>
<b>JURISPRUDÊNCIA -----</b>	<b>639</b>
<b>DOCUMENTOS -----</b>	<b>664</b>



## INTRODUÇÃO

O fenómeno da imigração é comum a várias épocas e locais. Podemos dizer que onde há seres humanos, há sociedade e há imigração. Há imigração porque o ser humano sempre se moveu de uns locais para os outros, procurando as condições de vida que se oferecem mais adequadas para as suas necessidades, bem como as que lhe proporcionem felicidade. Por outro lado, sempre houve territórios. E se alguns eram defendidos contra os estranhos, noutros locais e épocas o ser humano podia circular livremente.

Estima-se que, no ano de 2014, residiam na UE cerca de dezanove milhões e meio de nacionais de países terceiros<sup>1</sup>. A nível global, os dados de 2013 apontam para que 232 milhões de pessoas (o que equivale a 3,2 % da população mundial) viviam fora do país de origem. A maior parte das pessoas o fá-lo em busca de melhores condições de vida<sup>2</sup>.

Mas, se a imigração é conatural ao ser humano, nos tempos atuais, a perceção do fenómeno complexificou-se. O mesmo é hoje muito discutido, por interferir em questões de várias ordens, como a soberania estadual, a identidade nacional, o respeito pela lei, a sustentabilidade do Estado social, o emprego, a população, a saúde pública, a identidade cultural e nacional, as relações externas e internacionais, a segurança interna e externa, e a ordem pública. Como refere um dos mais conceituados autores norte-americanos na área, todos estes fatores levam a que o debate em torno do assunto suscite as reações mais viscerais<sup>3</sup>. A imigração é, por isso, hoje, um dos temas mais presentes no debate público, bem como uma das principais componentes da política estadual.

São várias as áreas do saber que têm contribuído para o estudo do fenómeno, como a sociologia, a ciência política ou a filosofia política. Na presente dissertação pretende-se estudar de que forma o direito positivo tem apresentado respostas no que toca ao reconhecimento de direitos de imigração.

Ora, fora dos casos respeitantes ao direito de asilo ou outro a tipo de proteção internacional, bem como os respeitantes direitos de livre circulação de cidadãos da UE, os Estados têm sido reticentes em limitar os seus poderes soberanos de controlo da imigração. Essas resistências têm-se manifestado em vários domínios, como por exemplo, na construção da política europeia comum de imigração, onde se tem assistido às mais variadas tentativas de preservar ao máximo o exercício desses poderes. Por outro lado, tais reticências manifestam-se ainda através da negação de um *direito fundamental geral à imigração*, entendido como o direito de um estrangeiro escolher livremente um território da sua eleição, fixar-se no mesmo e aí residir. De facto, os Estados pretendem manter os seus poderes para determinar, a cada momento e face às prioridades conjunturais existentes, se pretendem ou não reconhecer um direito subjetivo de entrada ou permanência no território. Assim, quer os instrumentos internacionais de direitos humanos, quer os instrumentos de política europeia de imigração, quer ainda as constituições nacionais, têm evitado reconhecer a existência de um direito *fundamental* à imigração, já que, ao fazê-lo, os Estados deixariam de poder regular a imigração discricionariamente.

---

<sup>1</sup> Os referidos números eram mais elevados nos anos anteriores, consistindo em 20.477.169 habitantes estrangeiros em 2013, e 20.289.850 em 2012. Dados da EUROSTAT, disponíveis em [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained//index.php/Main\\_Page.pt](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained//index.php/Main_Page.pt) (consultados em 23/07/2015).

<sup>2</sup> Dados da UNITED POPULATIONS FUND, disponíveis em <http://www.unfpa.org/migration> (accedidos em 26/09/2015).

<sup>3</sup> STEPHEN LEGOMSKY, “Rationing Family Values...”, p. 853.

Significa isto que, fora do âmbito do direito de asilo e do direito de livre circulação dos cidadãos da UE, não se pode falar, em nenhum caso, do reconhecimento de direitos fundamentais de entrada, permanência no território ou obtenção de estatuto legal?

Pensem no cidadão estrangeiro que imigra voluntariamente por razões económicas mas que, uma vez caducando o seu título de residência, não pode voltar para o seu país, dado que entretanto aí se iniciou uma guerra civil, onde as pessoas da sua etnia são perseguidas. Poderá ser-lhe reconhecido um direito a permanecer no território? Pensem também no caso do estrangeiro que imigrou, impelido pela situação de pobreza do seu país de origem, em busca de melhores condições de vida para a sua família. Uma vez instalado no território, pode ele pedir que a família se venha juntar a si? Ou, pelo contrário, terá de escolher entre a vida que entretanto construiu no país de acolhimento, ou regressar ao país de origem para poder voltar a viver com a família? Pensem ainda no caso do estrangeiro que sempre viveu no país de acolhimento desde tenra idade. Aí concluiu os estudos, fala a língua, segue a respetiva cultura, costumes, tem o seu trabalho e o seu círculo social. No entanto, nunca regularizou a sua situação legal. Poderá o mesmo ser expulso para um país que não conhece e cuja língua e costumes ignora, mas que corresponde ao país da sua nacionalidade? Pensem, por fim, ainda no caso da criança estrangeira que, depois de acolhida e de prosseguir estudos num determinado Estado, deixa de ter no país da sua nacionalidade qualquer pessoa que dela possa cuidar.

Os exemplos multiplicam-se e demonstram que há inúmeras situações em que faz sentido indagar se, na falta de um *direito geral à imigração*, se justificaria reconhecer-se *direitos de imigração*, assentes na possibilidade de se autorizar a entrada, permanência, não expulsão ou obtenção de estatuto legal no território. De facto, em todas as situações mencionadas estão em causa direitos humanos dos estrangeiros – como a vida, a não sujeição a tortura ou tratamentos desumanos ou degradantes, a família, a vida privada, ou a proteção da criança, que os Estados se vincularam a respeitar em diversos contextos. Assim, nos exemplos assinalados, afigura-se legítimo perguntar se a efetiva proteção dos direitos em causa não exigiria o reconhecimento de uma qualquer forma de acolhimento no território estadual – seja através da autorização de residência, de entrada ou da atribuição de um estatuto legal – *i.e.*, de um qualquer *direito de imigração*.

Importa analisar, assim, neste seguimento, se da vinculação permanente ao respeito pelos direitos humanos se pode inferir a necessidade de proteção, em algumas circunstâncias, de *direitos de imigração*. O nosso estudo destinar-se-á, precisamente, a analisar os vários desenvolvimentos normativos que têm contribuído para a proteção de direitos de entrada, permanência ou obtenção de estatuto legal no território *enquanto meios de efetivação* de outros direitos humanos de que o estrangeiro beneficia diretamente. São estes casos que pretendemos analisar na presente tese, e que apelidamos, precisamente, de “proteção derivada de direitos fundamentais de imigração”. Tratar-se-á de “proteção derivada”, uma vez que tais direitos de imigração só surgirão enquanto *meios* para a proteção de outros direitos que são diretamente garantidos aos estrangeiros (por exemplo, a vida, a família, a vida privada, a proteção da criança).

Pretendemos, assim, pesquisar em que circunstâncias podem surgir tais casos de “proteção derivada”, já que os mesmos sempre representarão uma exceção à regra de que não existe um *direito geral à imigração*. Por outro lado, incumbe analisar se os referidos direitos derivados se podem qualificar como *direitos fundamentais*, já que só aí poderão estar imunes a tendências por parte do legislador ordinário de os modificar ou suprimir de acordo com as necessidades conjunturais de cada momento. Caso assim seja, impõe-se ainda questionar se, tal como os demais direitos humanos, também os direitos derivados de imigração podem sofrer restrições ditadas pela necessidade de salvaguarda de outros bens ou interesses

públicos merecedores de proteção. Por fim, não poderá deixar de exigir-se a consagração de meios de efetivação dos mesmos.

Dividimos o percurso destinado à análise dos vários aspetos mencionados em quatro partes. Na Parte I debruçar-nos-emos sobre a doutrina tradicional, assente na negação de um direito à imigração. Aí procuraremos estudar o surgimento, ao longo da História, da afirmação dos poderes estaduais de controlo de entrada e permanência de estrangeiros no território. Esses poderes foram transpostos para a prática através da implementação sistemática dos controlos migratórios. Por seu turno, as várias fontes de direito positivo acabam também por acolher a doutrina tradicional, por não reconhecerem um direito geral à imigração. Indagaremos, de seguida, quais as razões que justificam e fundamentam a referida doutrina.

Na Parte II iremos expor as premissas que estão na base da superação daquela doutrina tradicional. Tais premissas assentam num entendimento dos direitos humanos caracterizado pelos princípios da universalidade e da proibição da discriminação, que beneficiam o estrangeiro independentemente da qualidade ou contexto em que o mesmo intervier.

Na Parte III analisaremos os casos em que se têm reconhecido, a partir dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, bem como do direito europeu e do direito constitucional, *direitos fundamentais de imigração*. Posteriormente, ensaiaremos uma doutrina geral sobre as condições para o surgimento de tais direitos, e enquadraremos juridicamente as várias restrições a que os mesmos podem ser sujeitos. Os mesmos aspetos serão ainda enquadrados constitucionalmente.

Na Parte IV debruçar-nos-emos sobre as condições de efetivação dos referidos direitos, e os correspondentes deveres que ao Estado incumbirá cumprir.

Por fim, teceremos várias conclusões, decorrentes das principais ideias enunciadas ao longo da presente dissertação.

É, pois, este o percurso analítico que nos propomos levar a cabo para discutir e caracterizar a proteção derivada de direitos fundamentais de imigração.

Antes, porém, teceremos algumas considerações prévias, destinadas a esclarecer a terminologia usada - e, concomitantemente, circunscrever o objeto da presente dissertação -, bem como a delimitar as fontes de direito sobre as quais recairá a nossa análise e a definir a metodologia adotada.



## CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

### 1 - TERMINOLOGIA USADA E DELIMITAÇÃO DO TEMA

#### 1.1. IMIGRAÇÃO, DIREITOS DE IMIGRAÇÃO E EXPULSÃO

Visando a presente dissertação discutir e caracterizar o reconhecimento derivado de direitos de imigração, começaremos por definir o que se deverá entender precisamente por “imigração”, “direitos de imigração”, e, também, pelo facto de ser um conceito amiúde referido, “expulsão”. Definiremos, por fim, as situações que cairão fora do âmbito da discussão relativa aos “direitos de imigração”.

##### 1.1.1. Imigração

Em sentido geral, imigração corresponde à saída de uma pessoa do Estado da sua nacionalidade ou, no caso dos apátridas, do Estado da residência habitual - que, em ambos os casos, aqui apelidamos de “país de origem” -, para passar a residir noutro Estado, do qual não é nacional<sup>4</sup>. Neste sentido, a Organização Internacional para as Migrações define “imigrante” como aquele que se desloca de um país a outro com o fim de aí se estabelecer, e que não possui a nacionalidade do país de destino<sup>5</sup>. Adotando este entendimento, excluiremos do âmbito do nosso estudo os chamados “imigrantes internos”, que são aqueles que se deslocam de uma zona do país para outra zona do mesmo país, com o objetivo de aí estabelecerem residência temporária ou permanente<sup>6</sup>.

Seguimos assim, parte da noção adotada pela UE, de acordo com a qual a “imigração” é «a acção pela qual um indivíduo que residia habitualmente num Estado-Membro ou num país terceiro estabelece a sua residência habitual no território de outro Estado-Membro por um período cuja duração real ou prevista é, no mínimo, de doze meses»<sup>7</sup>. Prescindiremos, porém, do critério temporal, substituindo-o por um critério referente à *finalidade da deslocação*. No contexto da presente tese, a deslocação terá de ter, como finalidade, o estabelecimento de *residência* no território. Assim, apesar de não considerarmos determinante a necessidade de permanência do estrangeiro no território por um mínimo período de tempo, para se poder falar verdadeiramente em “imigração”, será necessário, pelo menos, a intenção de residência no território de acolhimento. Excluimos, assim, do âmbito de análise do presente estudo, as

---

<sup>4</sup> Também definindo migração como a deslocação de indivíduos que abandonam o seu país de origem para chegar a outro. Cf. JAVIER DE LUCAS, “El Marco Jurídico...”, p. 34.

<sup>5</sup> Cf. INTERNATIONAL ORGANISATION FOR MIGRATION, *Glossary on Migration...*, p. 31. No mesmo sentido, PATRICIA ARGEREY VILAR, LUCANA ESTÉVEZ MENDOZA, MERCEDES FERNÁNDEZ GARCIA, EVA MENÉNDEZ SÉBASTIÁN, *El Fenómeno de la Inmigración en Europa...*, p. 17.

<sup>6</sup> Cf. INTERNATIONAL ORGANISATION FOR MIGRATION, *Glossary on Migration...*, p.32.

<sup>7</sup> Art. 2º, n.º1, alínea b), do Regulamento (CE) n.º 862/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, relativo às estatísticas comunitárias sobre migração e proteção internacional.

peessoas que deixam os seus países de origem para entrarem em países estrangeiros por motivos temporários, sejam visitantes, turistas, ou até mesmo trabalhadores sazonais.

CARLA AMADO GOMES & ANABELA COSTA LEÃO, por seu turno, referem que a imigração pressupõe uma desvinculação do país de origem e o estabelecimento de uma nova conexão com a comunidade do país de acolhimento, sendo que essa conexão se materializa ao longo de um certo período de tempo, que as autoras fixam tendencialmente em cinco anos<sup>8</sup>. Concordamos com as autoras quando não prescindem da necessidade de intenção de estabelecimento de uma conexão com a nova comunidade. Porém, consideramos que as mesmas limitam demasiado o conceito, ao restringi-lo apenas àqueles a quem é concedida uma autorização de residência permanente ou o estatuto de residente de longa duração ou, no caso dos imigrantes em situação ilegal, àqueles que residam no território há pelo menos cinco anos. Antes de decorrido tal período, o estrangeiro não passaria de simples visitante. Esta definição impede uma discussão abrangente acerca do direito a imigrar. Assim, consideramos que a imigração abrange a saída do território de origem com o objetivo de entrar no território de destino de forma a se *residir* aí<sup>9</sup>.

### 1.1.2. O “direito à imigração” e os “direitos de imigração”

“Direito à imigração” *stricto sensu* ou, como também usamos, “direito geral à imigração”, consiste, no contexto da presente tese, no direito de um estrangeiro entrar num país da sua livre escolha e de aí permanecer. Assim, o direito à imigração implica duas faculdades: a faculdade de entrar no território que não o da nacionalidade, e o direito de aí permanecer pelo tempo desejado. A ser reconhecido semelhante direito, o estrangeiro elegeria livremente o Estado onde pretenderia residir, e teria o direito de aí entrar e de aí permanecer. O Estado não poderia opor-se à entrada, nem pôr fim à permanência do estrangeiro no território, através de uma medida unilateral de expulsão. Enquanto o estrangeiro pretendesse, poderia livremente residir no mesmo. Nesta dimensão, o “direito à imigração” seria uma forma de exercício de uma liberdade de movimentos transnacional.

Quando nos referirmos, ao longo da presente dissertação, a “direito à imigração” teremos presentes as duas faculdades mencionadas. E, no que toca a essas faculdades, teremos como referente a realização máxima e incondicionada das mesmas, enquanto formas de realização de uma liberdade geral de movimentos.

Já diferente será o sentido a atribuir à expressão “direitos de imigração”. E assim é porque, como se verá, não podendo ainda falar-se de um “direito à imigração” em toda a sua plenitude (“*right to immigration*”), o que se reconhecerá serão, quando muito, *direitos no âmbito da imigração* (“*immigration rights*”). Assim, estará em causa, as mais das vezes, o reconhecimento de apenas uma das faculdades do direito à imigração: ou a entrada ou a permanência no território. Depois, ainda no que toca ao exercício dessas faculdades, a liberdade de o estrangeiro residir no território estrangeiro não é total ou plena, sendo as mesmas assentes num direito *prima facie* – de obtenção de uma autorização de entrada, ou de permanência – que, no entanto, pode estar sujeito a condicionamentos ou restrições impostas pelo legislador, que poderão ou não ser legítimas.

---

<sup>8</sup> CARLA AMADO GOMES & ANABELA COSTA LEÃO, *A Condição de Imigrante...*, p. 28.

<sup>9</sup> Em sentido algo semelhante, mas ainda assim mais restritivo, JORGE GASPAR define imigrante como o “estrangeiro que chega ao país de acolhimento e almeja aí se instalar com base em motivações laborais ou económicas”. Cf. “A Autorização...”, p. 963.

Em suma, quando aludimos a “direito à imigração”, visamos referir-nos a uma liberdade geral e plena de movimentos e de estabelecimento. Já os “direitos de imigração” reportam-se a faculdades que podem fundar a residência num país estrangeiro, mas que, ainda assim, podem ser legitimamente sujeitas a intervenção estadual, ou mesmo necessitar de intervenção estadual. Assim, por exemplo, na falta de uma liberdade plena de imigração, um eventual direito de entrada no território, sempre necessitará de uma atuação estadual para poder ser exercido (*v.g.*, a concessão de um título de entrada), ou do cumprimento de condições estaduais (o estrangeiro pode ser beneficiário de um direito *prima facie* à entrada no território, mas o Estado pode intervir nesse direito impondo condições para o seu exercício). No entanto, esses *direitos de imigração*, a serem reconhecidos, impor-se-ão, *prima facie*, ao Estado, só podendo este intervir nos mesmos de forma limitada. É neste sentido que doravante nos referiremos a “direitos de imigração”, os quais serão detalhadamente caracterizados na presente tese.

Note-se que esta terminologia não tem subjacente qualquer opção filosófica ou política, visando apenas facilitar o uso dos conceitos no decurso da nossa análise.

### 1.1.3. Expulsão

Neste contexto importa ainda explicitar que adotaremos o termo «expulsão» para nos referirmos a quaisquer medidas estaduais unilaterais destinadas a pôr fim à permanência do estrangeiro no território. Nos instrumentos internacionais, no direito da UE e na lei, são vários os termos usados – expulsão, afastamento, retorno<sup>10</sup>. Na presente dissertação, referir-nos-emos a qualquer dessas medidas através do termo “expulsão”, que revestirá, como tal, um sentido amplo. “Expulsão” será usada, assim, no contexto da presente tese, como reportando-se a qualquer ato unilateral do Estado pelo qual este ordena a saída de estrangeiros que se encontrem no território<sup>11</sup>. Sendo um ato unilateral, distingue-se da “extradição”, que é um instrumento usado no âmbito da cooperação judiciária em matéria penal, envolvendo em regra dois Estados<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Os instrumentos de direito da UE usam vários termos, como “afastamento”, “regresso”, “retorno” ou “repatriamento” para se referirem à medida de expulsão de um nacional de país terceiro. O termo “repatriamento” ou “regresso” são tradicionalmente usados para os casos em que o imigrante é reenviado para o país de origem. O termo “retorno” é tendencialmente mais amplo. Sobre este ponto, v. TERESA FAJARDO DEL CASTILLO, “La Directiva de Retorno...”, p. 464, PIETER BOELES, MAARTEN DEN HEIJER, GERRIE LODDER & KEES WOUTERS, *European Migration Law...*, p. 391. A lei portuguesa reserva o termo “expulsão” para as decisões judiciais, falando de “afastamento” no que toca a medidas levadas a cabo pela autoridade administrativa e aplicadas a estrangeiros em situação ilegal. Cf. art. 134.º e ss. da lei de imigração. Fala-se ainda, por fim, em “repatriamento”, quando a expulsão é dirigida ao país de que o estrangeiro é nacional, ou em “afastamento”, se a expulsão for dirigida para um qualquer outro país que o possa ou deva receber.

<sup>11</sup> J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA dão uma noção semelhante de “expulsão”. Cf. *Constituição...*, Vol. I, p. 531. Sobre uma distinção entre expulsão e figuras afins, v. ANNE LISE DUCROQUETZ, *L'Expulsion des Étrangers...*, p. 21 e ss.

<sup>12</sup> A extradição pode ser definida como «a transferência de um indivíduo que se encontra no território de um Estado para as autoridades de outro Estado, a solicitação deste, por aí se encontrar arguido ou condenado pela prática de um crime». Cf. J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, p. 210, DAMIÃO DA CUNHA, “Art. 33.º...”, p. 749 e ss. A extradição é levada a cabo no interesse do Estado requisitante, enquanto a expulsão é levada a cabo no interesse do Estado que visa executar a medida. Para além disso, a extradição necessita da cooperação consensual de pelo menos dois Estados, ao passo que a expulsão é um ato unilateral do Estado que pretende expulsar, independente do dever do Estado de admissão de aceitar o expulsando. Cf. KARL DOEHRING, “Aliens, Expulsion and Deportation...”, p. 110, NUNO PIÇARRA, “A

O termo “expulsão” é, em matéria de imigração, usado pela maioria dos instrumentos de proteção dos direitos humanos<sup>13</sup> e pela nossa Constituição<sup>14</sup>.

Da *ordem de expulsão* costuma ainda distinguir-se a “deportação”, que corresponderá à realização fáctica da primeira<sup>15</sup>.

Na prática, nem sempre é fácil distinguir uma ordem de expulsão de uma decisão de recusa de entrada no território. Tome-se como exemplo os casos em que um indivíduo entra ilegalmente no território e, uma vez confrontadas com essa entrada ilegal, as autoridades estaduais procedem à expulsão do mesmo. No nosso entender, essas situações revelam-se ainda como casos de expulsão. Nos casos de recusa de entrada no território, o estrangeiro dirige-se às entidades estaduais, requerendo uma autorização de entrada, que lhe é negada. Nos casos de expulsão, o estrangeiro não deduz semelhante pedido, ou porque entrou ilegalmente no território, ou porque o seu estatuto estava regular no momento da decisão do Estado. No entanto, estas situações limite demonstram que, na prática, nem sempre é fácil traçar uma fronteira entre as duas realidades.

#### **1.1.4. Exclusões do âmbito de estudo: imigrações forçadas e liberdade de circulação de cidadãos da UE**

Do âmbito da presente dissertação faremos duas exclusões que, à partida, integrariam uma discussão respeitante ao reconhecimento de direitos de imigração.

Em primeiro lugar, apenas discutiremos o reconhecimento de tais direitos no contexto da imigração voluntária, *i.e.*, nos casos em que a pretensão de entrada ou de permanência no território estrangeiro se deve a uma decisão voluntária.

Assim, excluiremos, desde logo, os casos de entrada ou permanência no território para cumprimento de um dever. De facto, «a vontade de deixar o país de origem deve ser fruto de autodeterminação, não de hetero-determinação»<sup>16</sup>, pelo que se excluirão as situações respeitantes a diplomatas, ou membros de organizações internacionais. Excluiremos ainda as chamadas migrações forçadas. Estas abrangem, de acordo com a noção dada pela Organização Internacional para as Migrações, as deslocações de pessoas de um país para

---

transposição da decisão-quadro relativa ao mandado de detenção europeu...”. Sobre o conceito de extradição, em Direito Internacional Público, v. JOSÉ CALVET DE MAGALHÃES, “Extradição...”, p. 315 e ss. ANA RITA GIL, “Extradição...”, p. 212.

<sup>13</sup> Assim, o art. 13.º do PIDCP e o art. 4.º do Protocolo n.º 4 Adicional à CEDH. Esta noção corresponde também à adotada logo de início pelos órgãos de garantia da CEDH. Assim, a dec. da ComEDH de 03/10/1975, *Becker c. Dinamarca*, queixa n.º 7011/75.

<sup>14</sup> Art. 27.º, n.º 3, c) e art. 33.º, n.º 1 e 2 da CRP.

<sup>15</sup> Não há, porém, consenso na doutrina sobre a diferença entre “expulsão” e “deportação”. GUY S. GOODWIN-GILL, adota um conceito de “deportação” que equivale ao de “exclusão”, *i.e.*, o afastamento de um estrangeiro na fronteira, após lhe ter sido negada a entrada no território. *International Law...*, p. 201. KARL DOEHRING define “expulsão” como a proibição de permanência no território do Estado, e “deportação” como a execução factual da ordem de expulsão. Cf. “Aliens, Expulsion and Deportation...”, p. 109 e ss. Já a AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, refere que “deportação” significa que o estrangeiro pode ser enviado coercivamente para qualquer Estado escolhido pelo Estado de acolhimento, enquanto na “expulsão” o estrangeiro pode ser afastado do Estado de acolhimento sem que este determine um destino particular. Cf. *The Movement of Persons...*, p. 90.

<sup>16</sup> CARLA AMADO GOMES & ANABELA COSTA LEÃO, *A Condição de Imigrante...*, p. 28.



outro devido a coerção, derivada ou de ação humana ou ainda de facto natural<sup>17</sup>. Neste contexto é ainda pertinente a categorização de JORGE GASPAR, que abrange várias categorias no conceito de «imigração forçada», que será aquela que, «alternativa ou cumulativamente, possui como base: a) um acto não correspondente, ou até contrário, à vontade real ou declarada do imigrante; b) um acto voluntário derivado da necessidade de evitar um mal menor, c) um acto de deslocação motivado por acção de terceiros; d) um acto de deslocação recomendado e conduzido por instâncias internacionais; e) um acto de deslocação provocado por medida administrativa, penal ou militar; f) um acto subsequente ao desaparecimento, ocupação ou destruição de um determinado território de origem e por isso motivado; g) a retirada militar em consequência de guerra civil ou internacional»<sup>18</sup>.

Ao excluirmos do âmbito de análise do nosso estudo as migrações forçadas, excluiremos o estudo do direito a entrar ou permanecer que possa ser reconhecido a pessoas como os refugiados<sup>19</sup>, os beneficiários de proteção subsidiária<sup>20</sup> ou de proteção temporária<sup>21</sup>.

Excluiremos as migrações forçadas do âmbito do nosso estudo devido à especificidade das normas que as regulam. As pessoas que as integram distinguem-se dos demais estrangeiros que imigram porque a decisão que justificou a saída do país da nacionalidade não foi uma decisão livre e voluntária<sup>22</sup>. Daí que o seu estatuto seja protegido por normas específicas, quer internacionais (desde logo, a Convenção de Genebra de 1951 e o Protocolo de Nova Iorque de 31 de janeiro de 1967 adicional à Convenção de Genebra), quer nacionais (o direito de asilo encontra consagração expressa no art. 33.º, n.º 8 da CRP, e consta de diploma legal próprio – a Lei n.º 27/2008, de 30 de junho) quer de normas da União

---

<sup>17</sup> INTERNATIONAL ORGANISATION FOR MIGRATION, *Glossary on Migration...*, p. 25.

<sup>18</sup> JORGE GASPAR, “A Autorização de permanência...”, p. 966.

<sup>19</sup> Nos termos do art. 1.º da Convenção de Genebra, com as alterações do Protocolo de 1967, «o termo “refugiado” deve aplicar-se a todas as pessoas que, receando com razão ser perseguidas em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontrem fora do país de que têm a nacionalidade e não possam ou, em virtude do dito receio, não queiram, pedir a proteção daquele país».

<sup>20</sup> A proteção subsidiária destina-se a conceder proteção às pessoas que, embora não preencham as condições de concessão do estatuto de refugiado nos termos da Convenção de Genebra ou de asilo territorial nos termos da respetiva legislação nacional, têm necessidade de proteção humanitária, pois não podem regressar ao país de origem por aí se verificar, p. ex., uma situação de grave insegurança devido a um conflito armado ou à sistemática violação dos direitos fundamentais. A Lei n.º 27/2008, de 30 de junho, alterada pela Lei n.º 26/2014, de 5 de maio, estabelece as condições e procedimentos de concessão de asilo ou proteção subsidiária e os estatutos de requerente de asilo, de refugiado e de proteção subsidiária (doravante, Lei de Asilo). A Diretiva 2011/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, estabelece normas relativas às condições a preencher pelos nacionais de países terceiros ou por apátridas para poderem beneficiar de proteção internacional e um estatuto uniforme para refugiados ou pessoas elegíveis para proteção subsidiária.

<sup>21</sup> O regime jurídico da proteção temporária encontra-se plasmado na Lei n.º 67/2003, de 23 de agosto, que transpõe para a ordem jurídica nacional a Diretiva n.º 2001/55/CE, de Conselho, de 20 de julho, relativa a normas mínimas em matéria de concessão de proteção temporária no caso de afluxo maciço de pessoas deslocadas e a medidas tendentes a assegurar uma repartição equilibrada do esforço assumido pelos Estados-Membros ao acolherem estas pessoas e suportarem as consequências decorrentes desse acolhimento. A proteção temporária é um mecanismo que visa conceder direitos de entrada às “pessoas deslocadas”, que são os cidadãos de países terceiros à UE ou apátridas que tiveram de deixar o seu país de origem, ou tenham sido evacuados, e cujo regresso seguro e duradouro seja impossível devido à situação ali existente, em especial devido a situações de conflito armado ou de violência endémica ou de violações sistemáticas ou generalizadas dos direitos humanos (Cf. art. 2.º, al. c) da Lei n.º 67/2003, de 23 de agosto). Para mais desenvolvimentos sobre estes conceitos. V. ANDREIA SOFIA PINTO OLIVEIRA, *O Direito de Asilo...*, p. 209 e ss.

<sup>22</sup> Usando o mesmo critério, mas criticando-o por ser mutável, JAVIER DE LUCAS, “El Marco Jurídico...”, p. 36.

Europeia, que a par da construção de uma política comum de imigração tem vindo a desenvolver também uma política comum de asilo<sup>23</sup>. Essas normas impõem obrigações específicas aos Estados, as quais não existem no que toca aos chamados imigrantes voluntários<sup>24</sup>.

Assim, o nosso estudo recairá apenas sobre os chamados imigrantes voluntários. Podemos socorrer-nos aqui das ilustrativas palavras de MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, quando refere que «a *imigração* supõe um fluxo populacional voluntário motivado sobretudo por razões económicas ou outras (a saída voluntária do país, em busca da melhoria das condições de vida, em especial as materiais), em que o sujeito continua a gozar da protecção do seu país de origem (não é perseguido), enquanto o asilo supõe (...) o funcionamento disfuncional de uma determinada sociedade (de acordo com os padrões democráticos no plano político e/ou de respeito pela eminente dignidade da pessoa humana): a do país de origem ou de nacionalidade (...)»<sup>25</sup>.

Dentro do âmbito de estudo assim definido, reportado apenas à deslocação voluntária, prescindimos de demais critérios relativos aos motivos que estiveram na origem da decisão de imigrar, e que são usados por alguns instrumentos para a definição de imigrante. Neste seguimento, preferimos referir-nos a “imigrantes voluntários” do que usar o termo, que se tem generalizado, de “imigrantes económicos”<sup>26</sup>. De facto, as escolhas e motivações que presidem a uma decisão de imigração – familiares, afinidades culturais, ligações históricas, etc. -, são vastas e não se resumem à tradicional escolha motivada pela busca de melhores condições económicas ou laborais<sup>27</sup>.

Em segundo lugar, excluiríamos ainda do âmbito da presente dissertação o exercício do direito de livre circulação de cidadãos nacionais de Estados-Membros da UE. E assim é porque os referidos cidadãos gozam, diretamente, através dos Tratados da UE, de um direito entrada e permanência no território de outros Estados-Membros<sup>28</sup>. Tanto assim é que a lei

---

<sup>23</sup> Nos termos do art. 78.º TFUE: «A União desenvolve uma política comum em matéria de asilo, de proteção subsidiária e de proteção temporária, destinada a conceder um estatuto adequado a qualquer nacional de país terceiro que necessite de proteção internacional».

<sup>24</sup> Em particular a proibição de devolução (*non refoulement*), o reconhecimento de um estatuto específico, e em alguns casos, o próprio de dever de aceitarem a entrada das pessoas protegidas no território. Em particular no que toca ao direito de asilo, «o Estado assume, assim, um compromisso de se abster de exercer alguns dos seus poderes relativamente a estrangeiros, como o poder de livre admissão e o poder de expulsão de quem se encontre igualmente no seu território, e propõe-se proteger aqueles que se prove serem verdadeiros refugiados». Cf. ANDREIA SOFIA PINTO OLIVEIRA, *O Direito de Asilo...*, p. 209 e ss.

<sup>25</sup> MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, “A Europa e o «Estrangeiro» ...”, p. 37.

<sup>26</sup> Esta categoria é definida como o grupo de pessoas que abandona o seu país de origem com o objetivo de melhorar a sua qualidade de vida. Cf. INTERNATIONAL ORGANISATION FOR MIGRATION, *Glossary on Migration...*, p. 21.

<sup>27</sup> Adotamos, assim, um conceito de imigrante mais amplo que algumas das Convenções Internacionais destinadas a regular o estatuto de trabalhadores imigrantes, e que reduzem a noção de imigrante à de *trabalhador imigrante*, como se verá *infra*.

<sup>28</sup> V., assim, art. 20.º, n.º2, alínea a), 21.º do TFUE e art. 45.º da CDFUE. Esse direito encontra-se regulado pela Diretiva n.º 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros. Importa porém sublinhar que o direito à livre circulação não é, ainda assim, garantido, nas duas faculdades integrantes, como uma liberdade plena, e totalmente equiparável ao direito de entrada e permanência no território dos cidadãos nacionais. Apesar de não caber no âmbito de análise da presente tese, sempre podemos assinalar que, qualquer que seja a modalidade de exercício pretendida (entrada, residência até 90 dias ou residência permanente), ela está sujeita a determinadas condições (como seja o exercício de atividade assalariada ou não assalariada, a posse de recursos suficientes, ou a inscrição em estabelecimento de ensino

interna que regula a entrada e permanência no território de não nacionais reflete já a distinção entre cidadão nacional, cidadão da União e nacional de país terceiro. Na ordem jurídica portuguesa, são dois os regimes previstos no que toca ao acesso ao território português: um regime específico que regula o exercício de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território nacional – a Lei n.º 37/2006, de 6 de agosto, e um regime que regula a entrada, permanência, saída e afastamento dos demais estrangeiros do território nacional, a Lei n.º 23/2007 de 4 de julho<sup>29</sup> (doravante, lei de imigração).

## 1.2. ESTRANGEIRO

Consistindo eventuais direitos de imigração em direitos cuja titularidade pertence especificamente ao *estrangeiro*, há que definir o que se entende por “estrangeiro” para esse efeito.

Etimologicamente, estrangeiro provém da palavra latina *extraneus*, de *extra*, que significa *fora*<sup>30</sup>. Designa portanto o indivíduo – *extraneus* - que não é membro de uma determinada comunidade. Não obstante, o conceito de estrangeiro tem sofrido diversas evoluções e variações, pelo que incumbe delimitar o que se considerará como tal para os efeitos da presente dissertação.

### 1.2.1. Da tradicional contraposição “nacional vs. estrangeiro” à multiplicidade de estatutos de estrangeiros

Tradicionalmente, o estrangeiro é definido como aquele que não faz parte do grupo social e político onde se encontra, seja ele a tribo, a cidade-estado, o domínio senhorial ou o Estado<sup>31</sup>. Para a ordem jurídica estadual, a pertença ao grupo afere-se pelo critério da nacionalidade<sup>32</sup>. Os Estados modernos definem os seus cidadãos de forma positiva, de

---

acompanhada de seguro de doença), bem como ao preenchimento de algumas formalidades administrativas. Para além disso, os Estados-Membros podem estabelecer restrições ao direito de entrada e ao direito de residência, por razões de ordem pública, de segurança pública ou de saúde pública. Esses limites encontram-se plasmados no art. 27.º e ss. da Diretiva n.º 2004/38/CE, que consagrou a jurisprudência do TJ. Essa jurisprudência foi, aliás, decisiva para a «progressiva conversão da liberdade de circulação do agente económico, inicialmente visada pelo Tratado CEE, na liberdade de circulação da pessoa humana, tal como se encontra consagrada em qualquer Constituição de um Estado de direito». Assim, NUNO PIÇARRA, “Cidadania Europeia...”, p. 196. V., ainda HELENE RANNOU, “La citoyenneté européenne...”, p. 39, ENRIQUE GONZALEZ SANCHEZ, “Asilo e Inmigración...”, p. 835.

<sup>29</sup> Lei n.º 23/2007, de 4 de julho, com as alterações feitas pela Lei n.º 29/2012, de 9 de agosto, pela Lei n.º 56/2015, de 23 de junho e pela Lei n.º 63/2015, de 30 de junho.

<sup>30</sup> Dicionário de Latim – Português, Porto Editora, 2012.

<sup>31</sup> MARIA LUÍSA DUARTE, *A Liberdade de circulação...*, p. 21.

<sup>32</sup> Podemos definir nacionalidade como o vínculo jurídico que liga o indivíduo ao Estado, o que o faz membro da comunidade política *povo*, beneficiando por esse facto de um amplo conjunto de direitos e deveres perante o Estado. No contexto do presente estudo adotaremos a terminologia “nacionalidade”, por ser a usada pelos instrumentos de direito internacional e pela lei da nacionalidade portuguesa -Lei n.º 37/81 de 3 de outubro, alterada pela Lei 25/94 de 19 de agosto, pela Lei Orgânica 1/2004 de 15 de janeiro e pela Lei Orgânica 2/2006 de 17 de abril e pelas Leis Orgânicas 1/2013, de 29 de julho, 8/2015, de 22 de junho, e 9/2015, de 29 de julho. A lei adota o termo “nacionalidade”, não obstante a Constituição da República Portuguesa se referir a “cidadania”. Como refere MÁRIO TORRES as expressões “cidadania” e “nacionalidade” são usualmente usadas

acordo com determinados critérios, e os estrangeiros residualmente. Assim, estrangeiro será aquele que *não é nacional* do Estado em que se encontra, seja porque é nacional de qualquer outro Estado, seja porque não possui qualquer nacionalidade<sup>33</sup>.

A Constituição Portuguesa não define em sentido positivo o que entende por “estrangeiro”. Não obstante, resulta também do texto constitucional o sentido que atribui a essa categoria: estrangeiro será aquele que não é português, possuindo ou não outra nacionalidade<sup>34</sup>.

Trata-se, pois, de uma categoria definida pela negativa, por exclusão. Esta particularidade não é acidental, estando, pelo contrário, marcada pela história da evolução do tratamento dos estrangeiros, de que daremos conta mais à frente. Por outro lado, é uma categoria relacional. Todas as pessoas são estrangeiras fora do Estado da sua nacionalidade. Como refere ROTH, «*an individual living under certain circumstances and in a certain territory is called an alien*»<sup>35</sup>. No mesmo sentido, refere ilustrativamente CARMEN TIBURCIO que toda a humanidade é potencialmente estrangeira<sup>36</sup>.

Apesar da aparente simplicidade da divisão do mundo em duas categorias: a dos nacionais e a dos estrangeiros, esta dicotomia tem vindo a ser cada vez mais posta em causa<sup>37</sup>. De facto, na ordem jurídica portuguesa, “estrangeiro” não tem um sentido unívoco. Desde logo, a própria CRP consagra uma variedade de situações jurídicas quanto aos não portugueses, em função do país de origem e dos acordos que com o mesmo Portugal tenha celebrado<sup>38</sup>. Merecem especial referência os cidadãos estrangeiros lusófonos<sup>39</sup>, os cidadãos de Estados-Membros da UE, cujo estatuto depende prevalentemente do Direito da UE, e finalmente, os restantes, cujo estatuto pode ser também diversificado, já que a CRP permite a atribuição, por lei, de determinados direitos em condições de reciprocidade<sup>40</sup>. Atualmente, a divisão plasmada na CRP aponta para uma distinção entre cidadão português, cidadão europeu, cidadão de país de língua oficial portuguesa e demais estrangeiros. Assim, por um lado,

---

como sinónimas, embora os constitucionalistas prefiram a primeira e os privatistas a segunda. Cf. “Prefácio...”, p. 8. Para mais desenvolvimentos sobre o âmbito dos termos “cidadania” e “nacionalidade”, v. RUI MOURA RAMOS, “Nacionalidade...”, p. 103 e ss, e “Cidadania...”, p. 109 e ss., JORGE PEREIRA DA SILVA, *Direitos de Cidadania...*, p. 19 e JORGE MIRANDA, *Manual...* Tomo III, p. 101 e ss.

<sup>33</sup> RUI MOURA RAMOS, “Estrangeiro...”, p. 1215. Assim, também a definição dada por INTERNATIONAL ORGANISATION FOR MIGRATION, *Glossary on Migration...*, p. 6.

<sup>34</sup> CARLOS PAMPLONA DE OLIVEIRA, *A Jurisprudência...*, p. 1.

<sup>35</sup> ANDREAS HANS ROTH, *Minimum Standard...*, p. 32.

<sup>36</sup> CARMEN TIBURCIO, *The Human Rights...*, p. vii.

<sup>37</sup> Como se verá, esse era um fenómeno já das sociedades anteriores ao Estado moderno.

<sup>38</sup> GOMES CANOTILHO refere que a CRP consagra a existência de “quatro círculos subjetivos”: o da cidadania portuguesa, formado pelos direitos fundamentais exclusivamente pertencentes aos cidadãos portugueses, e três grupos distintos de estrangeiros. Cf. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 417.

<sup>39</sup> ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS fala inclusivamente de um «princípio fundamental do ordenamento jurídico português em matéria de direito dos estrangeiros, por força do qual os cidadãos dos países lusófonos são, em Portugal, objecto de uma discriminação positiva em relação aos outros estrangeiros». Cf. “Quem manda mais...”, p. 49. Essa distinção encontra-se fundamentada em várias disposições constitucionais, em particular o art. 7.º, n.º4 da CRP, nos termos do qual «Portugal mantém laços privilegiados de amizade e cooperação com os países de língua portuguesa», bem como o art. 9.º, que considera como uma das tarefas fundamentais dos Estado assegurar a valorização permanente da língua portuguesa.

<sup>40</sup> CARLOS PAMPLONA DE OLIVEIRA, *A Jurisprudência...*, p. 1. V. ainda MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Os Direitos Fundamentais dos Estrangeiros...*, p. 136.

podem encontrar-se no território estrangeiros com diferentes estatutos legais, e, por outro lado, podem ser reconhecidos ao mesmo estrangeiro diferentes estatutos jurídicos<sup>41</sup>.

Tendo em atenção que, com a presente dissertação, se visa discutir o reconhecimento de direitos de imigração, há que excluir do âmbito do estudo as pessoas que, não sendo embora portuguesas, possuem à partida um direito de entrada e permanência no território português. Assim, a noção de estrangeiro que adotaremos para os efeitos da presente dissertação dará relevância a algumas das distinções feitas pelo texto constitucional, mas não a todas. Essa relevância será dada em relação ao tratamento especial concedido aos nacionais de Estados-Membros da UE.

### 1.2.2. Da relevância da cidadania europeia em especial

A relativização da distinção entre nacional e não nacional tem revestido especial relevo no que toca aos nacionais dos Estados-Membros da UE. Isto por dois motivos. Primeiro, devido ao surgimento do conceito de cidadania europeia, que se traduziu num novo critério de pertença a uma comunidade política, que acresce ao da nacionalidade. Esse critério encontra-se hoje plasmado no art. 20.º do TFUE, nos termos do qual «é cidadão da União qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-Membro»<sup>42</sup>. Trata-se, na terminologia usada por JORGE PEREIRA DA SILVA, de uma «cidadania de sobreposição», já que se define «automaticamente a partir da existência de uma cidadania de base» e consiste «no alargamento do conjunto dos direitos de que são titulares os cidadãos em causa, através da adição de novos direitos, os quais se destinam a ser exercidos fundamentalmente num plano supranacional»<sup>43</sup>. De facto, a cidadania da União foi acompanhada por um conjunto de direitos que fazem com que os nacionais dos outros Estados-Membros possuam um estatuto em cada um deles que não é partilhado pelos restantes não nacionais. Desde logo, e para o que mais releva na presente dissertação, eles gozam do direito de acesso e permanência no território dos outros Estados-Membros, corolário do direito de livre circulação, como já referido. Seguidamente, beneficiam de um princípio de não discriminação que os aproxima mais do estatuto do cidadão nacional que dos demais estrangeiros<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> Assim, MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Os Direitos Fundamentais dos Estrangeiros...*, p. 139.

<sup>42</sup> O Ac. de 07/07/1992, *Micheletti*, proc. n.º C-369/90 veio esclarecer que, se um indivíduo tiver simultaneamente a nacionalidade de um Estado-Membro e a de um terceiro Estado, deverá ser reconhecido como cidadão da UE para todos os efeitos, não podendo os Estados-Membros sujeitar esse reconhecimento a condições adicionais. Sobre este ponto, v. ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Nacionalidade e Efetividade...”, p. 451 e NUNO PIÇARRA, “A Justiça Constitucional..”, p. 494.

<sup>43</sup> JORGE PEREIRA DA SILVA, *Direitos de Cidadania...*, p. 58. Em sentido semelhante, ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A Igualdade e a Não Discriminação...*, p. 209.

<sup>44</sup> Para além disso, quando se encontram no território de outro Estado-Membro possuem direitos eleitorais nas eleições municipais e nas eleições para o Parlamento Europeu (reconhecidos no art. 20.º, n.º2, alínea b) e 22, ambos do TFUE, e art. 39.º e 40.º da CDFUE). Outros direitos conferidos pela Cidadania da União são os direitos de participação e controlo democrático dos órgãos da União (direito de dirigir petições ao Parlamento Europeu, de recorrer ao Provedor de Justiça Europeu, de se dirigir às instituições e aos órgãos consultivos da União numa das línguas do Tratado, consagrados no art. 20.º, n.º2, alínea d) e art. 24.º do TFUE, art. 41.º a 44.º da CDFUE) e o direito de beneficiar de proteção diplomática por parte das autoridades de qualquer Estado-Membro quando o cidadão se encontre em território de país terceiro em que o Estado-Membro de que é nacional não se encontre representado (art. 20.º, n.º2, alínea c) e art. 23.º do TFUE e art. 46.º da CDFUE). Para mais desenvolvimentos, v. NUNO PIÇARRA, *Cidadania Europeia...*, ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Curso de*

Também o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) dá relevância à distinção entre estrangeiro cidadão da UE e outros estrangeiros. No caso *Piermont* este órgão considerou não ser legítimo um Estado-Membro da UE invocar o art. 16.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) - que exclui estrangeiros do gozo de determinados direitos políticos - contra um cidadão da UE<sup>45</sup>. O TEDH considerou que, de acordo com os tratados, a nacionalidade de um Estado-Membro era suficiente para remover, no contexto, o estatuto de “estrangeiro” à requerente. Assim, apesar de o texto da CEDH não adotar uma específica categorização de estrangeiros, também o TEDH demonstra ter abandonado a dicotomia “cidadão nacional – estrangeiro”, para adotar uma divisão tripartida: “nacionais – cidadãos da UE – e estrangeiros não comunitários”.

A consagração de uma cidadania europeia veio assim diluir o conceito de estrangeiro no espaço europeu, pela criação de uma categoria intermédia – o cidadão da UE, que tem mais direitos que os restantes estrangeiros nos territórios dos Estados-Membros. Assim, o cidadão da UE não deverá ser considerado *estrangeiro* para os efeitos da presente dissertação<sup>46</sup>.

Alguns autores adotam outras terminologias para designarem os cidadãos nacionais de outros Estados-Membros, como por exemplo “euro-estrangeiros”<sup>47</sup> ou “estrangeiros privilegiados”<sup>48</sup>. Não obstante, nós preferimos abandonar qualquer referência ao termo “estrangeiro” para nos referirmos aos cidadãos da UE. Mais do que nos referirmos aos nacionais de Estados-Membros da UE através de termos que remetem para ideias de exclusão, julgamos que os direitos que hoje lhes são reconhecidos justificam que se dê preferência a uma terminologia que ilustre a sua pertença a uma comunidade. Assim, eles serão designados no presente estudo, precisamente e tão só, como cidadãos da UE.

### 1.2.3. O conceito de “nacional de país terceiro” do direito da UE como critério-guia para o conceito de “estrangeiro”

No próprio contexto do direito da UE, a noção de estrangeiro foi paulatinamente deixando de abranger os nacionais de Estados-Membros da UE devido à emergência dos direitos dos cidadãos dos Estados-Membros<sup>49</sup>. Foi com os Acordos de Schengen que o conceito de *estrangeiro*, entendido como abrangendo outras pessoas que não os cidadãos da UE, foi oficialmente definido. Nos termos do art. 1.º da Convenção de Aplicação do Acordo

---

*Direito Constitucional...*, p. 90-91, 188-189, e MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Os Direitos Fundamentais dos Estrangeiros...*, p. 219 e ss., e MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União...*, p. 410 e ss.

<sup>45</sup> Ac. de 27/04/1995, *Piermont c. França*, queixas n.º 15773/89, 15774/89. O caso dizia respeito a uma cidadã alemã membro do Parlamento Europeu que fora impedida de exercer plenamente o direito de livre manifestação. Para mais desenvolvimentos sobre este ponto, v. HÉLÈNE LAMBERT, *The Position of Aliens...*, p. 18.

<sup>46</sup> J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA também referem que, «a implementação da cidadania europeia pode justificar a restrição da categoria de estrangeiro aos cidadãos de países não pertencentes à União Europeia e aos apátridas». Cf. *Constituição...*, Vol. I, p. 357.

<sup>47</sup> CONSTANÇA URBANO DE SOUSA, “A Diretiva 2004/38/CE ...”, p. 631.

<sup>48</sup> MILÈNE NYS, *L’Immigration...*, p. 11.

<sup>49</sup> Assim, o termo “estrangeiro” era usado, por exemplo, na Diretiva n.º 64/221/CEE do Conselho, de 25 de fevereiro de 1964, para a coordenação de medidas especiais relativas aos estrangeiros em matéria de deslocação e estada justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública. A Diretiva n.º 2004/38 usa o termo “Cidadão da União”.

de Schengen (CAAS), “estrangeiro” é «qualquer pessoa que não seja nacional dos Estados-Membros das Comunidades Europeias». O alargamento das competências da UE em matéria de direito e política da imigração consolidou depois este conceito de estrangeiro, que é o usado pelos instrumentos em matéria de política de vistos e de imigração. Estes atos usam, porém, preferencialmente, a expressão «nacional de país terceiro» para designarem os estrangeiros não nacionais de Estados-Membros da UE<sup>50</sup>.

Não obstante, também no seio da UE, o conceito de estrangeiro, ou de nacional de país terceiro é uma noção de *geometria variável*. Desde logo, perante a própria União existem categorias de estrangeiros privilegiados. Esses estrangeiros privilegiados são, desde logo, os nacionais de Estados não membros que tenham assinado com a UE acordos relativos à liberdade de circulação. Nesse sentido, alguns atos da UE em matéria de vistos e transposição de fronteiras excluem do conceito de “estrangeiro” também os nacionais de Estados com os quais a UE tenha um acordo de livre circulação de pessoas<sup>51</sup>. Como exemplo desses atos veja-se o Regulamento (CE) n.º 562/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2006, que estabelece o código comunitário relativo ao regime de passagem de pessoas nas fronteiras (Código das Fronteiras Schengen). Nos termos do art. 2.º n.º 6, “nacionais de países terceiros” são aqueles que não são cidadãos da União nem nacionais de países terceiros que, por força de acordos celebrados com a União, beneficiem de direitos de livre circulação equivalentes ao direito de livre circulação dos cidadãos da União. Essa é também a noção de “nacional de país terceiro” adotada pelo art. 3.º, n.º 1 da Diretiva 2008/115/CE relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular.

Por fim, excluiremos também da nossa análise os membros das famílias dos cidadãos da União, já que estes possuem também um direito de entrada e permanência nos territórios dos vários Estados-Membros, derivado do direito de livre circulação do cidadão da União com quem possuem uma relação familiar<sup>52</sup>. Assim, apesar de serem, *stricto sensu*, estrangeiros, acabam por beneficiar de um direito derivado de livre circulação, pelo que, também em relação a estes, não se coloca o problema do reconhecimento de direitos à imigração. Por

---

<sup>50</sup> Assim, a título de exemplo, o art. 2.º da Diretiva n.º 2003/86/CE, do Conselho, de 22 de setembro de 2003, relativa ao direito ao reagrupamento familiar, e o art. 3.º, n.º 1 da Diretiva n.º 2008/115/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2008, relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular.

<sup>51</sup> Desde logo, os que beneficiam do Acordo de Associação do Espaço Económico Europeu (EEE), assinado em 2 de maio de 1992, o Acordo com a Turquia, de 12 de setembro de 1963, os Acordos de Cooperação com os países do Magrebe, de 25 de Abril de 1976 e os Acordos Europeus com os Países da Europa Central e de Leste, que datam desde 1991, o acordo com a Suíça, assinado a 21 de junho 1999 e ainda os vários acordos assinados com os países de África, Caraíbas, do Pacífico-Sul (os chamados «países do ACP», datando a primeira convenção a 15/12/1990), e com territórios ultramarinos. Sobre o tratamento privilegiado destes nacionais, v., KAY HAILBRONNER, *Immigration and Asylum...*, p. 24 e ss., MARTIN HEDEMANN-ROBINSON, “An Overview of Recent Legal Developments...”, p. 531 e ss., STEVE PEERS, *EU Justice and Home Affairs...*, p. 417 e ss., DENIS MARTIN, “The Privileged Treatment of Turkish Nationals...”, p. 75 e ss., ELSPEETH GUILD, “Primary Immigration...”, p. 75 e, da mesma autora, *The Legal Elements...*, p. 156, KEES GROENENDIJK, “Security of Residence...”, p. 228 e ss., e, do mesmo autor, “Recent Developments in EU Law ...”, p. 321 e ss.

<sup>52</sup> Sobre este ponto, v. “NORBERT REICH, “Citizenship and family on trial...”, GAVIN BARRET, “Family Matters...”, JEAN-YVES CARLIER, “La Circulation de Personnes...” e “Le devenir de la libre circulation...”, p.163 e ss., CONSTANÇA URBANO DE SOUSA, “A Diretiva 2004/38/CE ...”, CHIARA AMALFITANO, “Segnalazione nel SIS...”, p. 490, e ANA RITA GIL, “Um Caso de Europeização...”, p. 26 e ss.

fim, o caso dos trabalhadores de uma empresa nacional de um Estado-Membro, à conta da qual se desloquem para trabalhar num outro Estado-Membro é também específico<sup>53</sup>.

Face a estes desenvolvimentos, no nosso estudo, a palavra “estrangeiro” incluirá apenas os nacionais de países terceiros que *não gozem de uma extensão do direito à livre circulação garantido pelo Direito da UE*<sup>54</sup>. Visando a nossa dissertação discutir da proteção de direitos de imigração, deverão ser estas pessoas primordialmente a ter em consideração, já que, no que toca às demais, já lhes é garantido um direito de livre circulação.

#### 1.2.4. A irrelevância da cidadania da CPLP para o contexto da presente dissertação

Referimos, *supra*, que a CRP consagra várias categorias de estrangeiros. A cidadania da UE tem relevância no contexto do presente estudo, já que os cidadãos da UE e seus familiares não serão considerados “estrangeiros” neste contexto. Não obstante, já não terá relevância na presente dissertação o tratamento especial reservado pela CRP para os nacionais de países de língua oficial portuguesa<sup>55</sup>. Isto porque, apesar dos vários acordos já celebrados, não se pode dizer que esses nacionais possuem, como os cidadãos da UE, de um direito de acesso ao território português<sup>56</sup>. Apesar de a CRP conceder a possibilidade da atribuição de direitos

---

<sup>53</sup> O TJ favoreceu a circulação dos trabalhadores destacados das empresas estabelecidas noutros Estados-Membros, interditando ao Estado-Membro de acolhimento a imposição de formalidades administrativas ou condições restritivas para a entrada desses trabalhadores. Assim, o Ac. de 27/03/1990, *Rush Portuguesa*, proc. n.º C-113/89 e o Ac. de 09/08/1994, *Vander Elst*, proc. n.º C-43/93. Sobre este ponto, v. KAY HAILBRONNER, *Immigration and Asylum...*, p. 116 e 215, STEVE PEERS & NICOLA ROGERS, *EU Immigration...*, p. 105 e ss., ELSPETH GUILD, “Citizens without a Constitution...”, p. 39, STEVE PEERS, *EU Justice and Home Affairs...*, p. 427 e ss.

<sup>54</sup> Usando a mesma expressão, PIETER BOELES, MAARTEN DEN HEIJER, GERRIE LODDER & KEES WOUTERS, *European Migration Law...*, p. 128. Sobre este ponto v., mais detalhadamente, EMMANUELLE DARDENNE & ANNE WEYEMBERGH, “Le Franchissement des Frontières...”, p. 99 e ss.

<sup>55</sup> Sobre os direitos dos nacionais de Estados de Língua Portuguesa v. MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Os Direitos Fundamentais dos Estrangeiros...*, p. 182 e ss.

<sup>56</sup> A declaração constitutiva da CPLP, assinada em Lisboa a 17 de julho de 1996, afirmou, entre os objetivos a prosseguir, «o reforço dos laços (...) entre todos os Povos que têm a Língua Portuguesa como um dos fundamentos da sua identidade específica e, nesse sentido, promover medidas que facilitem a circulação dos cidadãos dos Países Membros no espaço da CPLP», assim como a «coordenação e o reforço da cooperação no domínio das políticas de imigração». Alguns acordos bilaterais vieram já regular esse desiderato: desde logo, a Convenção sobre a Igualdade de Direitos e Deveres de Brasileiros e Portugueses, assinada em 7 de setembro de 1971 e revista pelo Acordo de Porto Seguro, assinado em 22 de abril de 2000, que prevê a isenção de vistos, por períodos até 90 dias, para entradas com fins culturais, empresariais, jornalísticos ou turísticos (art. 7.º). Para além disso foram assinados vários acordos em Brasília a 30 de julho de 2002, destinados a facilitar a circulação no espaço da CPLP. Cabe mencionar em especial o que diz respeito à concessão de visto temporário para tratamento médico (aprovado pelo Decreto n.º 32/2003, de 30 de julho), o acordo sobre concessão de vistos de múltiplas entradas para determinadas categorias de pessoas, aprovado pelo Decreto n.º 34/2003, de 30 de julho (que prevê um regime especial de concessão de vistos para pessoas de negócios, profissionais liberais, cientistas, investigadores, desportistas, jornalistas e artistas dos países da CPLP), e finalmente o Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta entre a República Portuguesa e a República Federativa do Brasil, que prevê regras especiais de entrada e permanência e a possibilidade de concessão do estatuto de igualdade aos cidadãos de um dos países que tenham residência habitual no outro. Não obstante, não se pode ainda falar da titularidade de um direito à livre circulação por parte dos cidadãos da CPLP, destinando-se, por enquanto, estas medidas a facilitar a entrada de cidadãos da CPLP noutros Países Membros. Sobre os vários acordos celebrados com os países da CPLP e sua relevância no âmbito da imigração, v. ainda JOSÉ LEITÃO, “Direitos e Imigração...”, p. 138 e ss.



de participação política aos cidadãos dos países de língua oficial portuguesa, permitindo que se fale inclusivamente também de uma cidadania lusófona<sup>57</sup>, para o tema que aqui nos interessa, os cidadãos desses países encontram-se equiparados aos demais estrangeiros, não beneficiando de um direito de entrada e permanência no território português. Assim, devem entender-se como sendo, para os efeitos da presente dissertação, também *estrangeiros*.

### 1.2.5. “Estrangeiro” e “imigrante”

No contexto do nosso estudo iremos ainda usar o termo “imigrante”<sup>58</sup>. Em consonância com o conceito de “imigração” adotado, este termo visará abranger o conjunto de pessoas que deixam o país da nacionalidade, para entrar ou permanecer num país terceiro com o fim de aí residir. Neste ponto, e em coerência com o conceito de “imigração” adotado para o presente estudo, o termo “imigrante” apenas abrangerá aqueles que abandonam o país de origem por ato de escolha voluntária<sup>59</sup>.

A noção de imigrante não se confunde com a noção de estrangeiro, pois existem estrangeiros que nunca imigraram – tome-se como exemplo os erroneamente chamados “*imigrantes* de segundas e terceiras gerações”, nascidos no país de acolhimento, descendentes de imigrantes. A noção de estrangeiro é, por isso, mais ampla que a de imigrante<sup>60</sup>.

Ainda assim, porque corresponde ao generalizadamente usado pela doutrina e instrumentos internacionais na matéria, usaremos o termo “imigrante” para nos reportarmos às situações referentes às pessoas com estatuto irregular no território, estando embora conscientes de que as mesmas podem nem sempre ser imigrantes *stricto sensu* (pensemos no caso de um estrangeiro que nunca imigrou mas que se encontra com estatuto irregular, por ter nascido no território, de imigrantes em situação ilegal). Pelas mesmas razões, quando nos reportarmos à detenção em contexto de imigração, usaremos também a expressão “detenção de imigrantes”, muito embora os visados possam nem sempre ser pessoas que *imigraram*. Por razões de generalização doutrinal, usaremos também a mencionada expressão “imigrantes de segunda geração”.

---

<sup>57</sup> Apesar de a cidadania lusófona não ter consagração expressa numa fonte de direito internacional, importa mencionar o projeto de Convenção-Quadro relativa ao Estatuto de Cidadão da Comunidade de Países de Língua Portuguesa, que menciona o conceito de “cidadão da CPLP”. Sobre a possibilidade de uma cidadania lusófona, veja-se o estudo de WLADIMIR BRITO, “Cidadania Transnacional...”, p. 215 e ss, J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, p. 359 e JORGE PEREIRA DA SILVA, *Direitos de Cidadania...*, p. 68 e ss. Contrariamente à qualificação dada à cidadania europeia, para este último autor a cidadania lusófona seria uma «cidadania de segundo grau, cujo âmbito subjectivo também se delimita a partir de uma cidadania de base, mas que visa permitir aos novos cidadãos aceder a direitos preexistentes e originariamente reservados aos detentores da cidadania de base, os quais se destinam a ser exercidos principalmente no plano estadual».

<sup>58</sup> Note-se que a CRP não usa o termo “imigrante”, para além do art. 74.º, n.º2, j), onde se refere a incumbência estadual de garantia do direito à educação dos filhos dos imigrantes.

<sup>59</sup> Referindo ser difícil, por vezes, afirmar tal voluntariedade, no que toca, por exemplo, aos imigrantes que abandonam os países por aí viverem em condições de extrema pobreza, v. CARLA AMADO GOMES, “The Administrative Condition...”, p. 17.

<sup>60</sup> Em sentido contrário, tratando os dois conceitos como sucedâneos e preferindo o conceito de “estrangeiro” por considerar ser o conceito de “imigrante” um conceito sociológico e não jurídico, ANNAÍCK FERNÁNDEZ LE GAL, “Los Derechos Fundamentales...”, p. 69. No mesmo sentido, sublinha JAVIER DE LUCAS o caráter híbrido do termo “imigrante”, integrando conceitos de antropologia, de sociologia, de psicologia e filosofia. Cf. “El Marco Jurídico...”, p. 33.

Note-se que, no que toca aos imigrantes que entrem ou se encontrem no Estado de acolhimento sem respeitarem as normas que regulam essa entrada ou permanência, os mesmos têm designados de várias formas, tais como “indocumentados”, “clandestinos”, “imigrantes não autorizados” ou “imigrantes ilegais”. Chamá-los-emos “imigrantes em situação irregular”. Trata-se, desde logo, de uma expressão mais vasta que “indocumentados”, já que um imigrante que desrespeite a lei de imigração do país de acolhimento pode possuir documentação, embora não a adequada<sup>61</sup>. Por outro lado, pode não ter entrado de forma clandestina no território, mas legalmente, e só depois ter ficado em situação de ilegalidade. Também a expressão “não autorizados” pode apontar para essa estreiteza. Por fim, a expressão “imigrantes ilegais” afigura-se-nos censurável a vários níveis. É certo que, na linguagem corrente, a mesma se tem generalizado, passando a palavra “ilegal” a ser usada como um substantivo, ao invés de um adjetivo<sup>62</sup>. Ora, não concordamos nem com o qualificativo de “ilegal” reportado a pessoas, e muito menos, com a substantivação do termo<sup>63</sup>. Enquanto adjetivo, qualifica o sujeito em si de “ilegal”, como se a humanidade estivesse dependente de categorizações legais. A substantivação é ainda mais errónea, já que a característica de “ilegal” se reporta não a uma característica intrínseca do estrangeiro, mas sim à sua relação conjuntural com determinado ordenamento jurídico<sup>64</sup>. Assim, o que estará ilegal é, não a pessoa em si, mas a sua situação administrativa concreta num determinado território. Ainda assim, preferimos usar a expressão “imigrante em situação irregular”, por poder abranger um maior número de situações de não conformação com as leis e regulamentos em matéria de controlo da imigração. Abranger-se-á com essa expressão as situações dos imigrantes que entraram regularmente no país e que aí permaneceram para lá da validade das suas autorizações ou vistos, bem como aqueles que aí já entraram ilegalmente e aí permaneceram<sup>65</sup>. De resto, é este o termo preferido por grande parte da doutrina<sup>66</sup> e adotado pela CRP<sup>67</sup>.

---

<sup>61</sup> Note-se, no entanto, que “imigrante indocumentado” tem sido usado num sentido mais vasto que o de imigrante *desprovido de documentos*, para abranger todas as situações em que um imigrante entra ou se encontra num país sem estar munido dos *documentos necessários para o efeito*. Inclui-se, assim, num âmbito que nos parece demasiado alargado em relação ao que a expressão indica, as pessoas que entram no território sem documentação, *i.e.*, clandestinamente, as que entram munidos de documentação falsa, e ainda as que permanecem no país para lá do termo de validade da documentação. Cf. INTERNATIONAL ORGANISATION FOR MIGRATION, *Glossary on Migration...*, p. 67.

<sup>62</sup> CATHERINE DAUVERGNE, *Making People Illegal...*, p. 10.

<sup>63</sup> Para CATHERINE DAUVERGNE, o termo “ilegal” demonstra ainda a mudança negativa da perceção do público em relação aos imigrantes. Isso leva ainda a alguns equívocos, já que as referidas pessoas começam a ser vistas como “criminosas”. Cf. CATHERINE DAUVERGNE, *Making People Illegal...*, p. 16.

<sup>64</sup> GIANLUCA BRAGA, “Il «diritto clandestino»...”, p. 21.

<sup>65</sup> Nos termos da lei de imigração, a entrada ou permanência ilegal no território pode decorrer de várias situações: a) o cidadão estrangeiro não entrou pelos postos fronteiriços ou não se sujeitou a controlo fronteiriço (art. 6.º), não era portador dos documentos necessários para a sua entrada no território (art. 9.º e 10.º), fez a entrada quando esta lhe estava recusada (art. 32.º), ou entrou legalmente, mas a sua permanência tornou-se ilegal, por cancelamento de visto (art. 70.º), cancelamento de autorização de residência (art. 85.º), ou não renovação da autorização de residência temporária (art. 78.º). Assim, JÚLIO A. C. PEREIRA & JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *Direito de Estrangeiros...*, p. 461.

<sup>66</sup> KEES GROENENDIJK, “Four Questions about Human Beings...”, p. xix, KHALID KOSER, *International Migration...*, p. 54, LINDA BOSNIAK, “Human Rights, State Sovereignty...”, p. 317, MARK. BELL, “Invisible Actors?...” p. 345, SIMON TONELLI, “Irregular Migration...”, p. 301, e INTERNATIONAL ORGANISATION FOR MIGRATION, *Glossary on Migration...*, p. 34.

<sup>67</sup> Cf. art. 27.º, n.º3, al. c), que se refere a “pessoa que tenha penetrado ou permaneça irregularmente no território nacional”.

### 1.3. DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS

A presente dissertação visa analisar se podem reconhecer-se, em alguns casos, direitos *fundamentais* de imigração. Na verdade, só com a consideração de que alguns direitos de imigração revestem a característica de fundamentalidade poderá o Estado ficar verdadeiramente vinculado ao respeito dos mesmos, independentemente de qualquer opção legislativa que consagre direitos subjetivos – conjunturais – de imigração. Com efeito, os direitos legais de imigração não oferecem resistência suficiente a uma eventual supressão, no caso de mudarem as necessidades pontuais ou estratégicas de uma política de imigração. Apenas a afirmação e o reconhecimento de *direitos fundamentais* de imigração oferece a necessária proteção ao estrangeiro perante qualquer intenção do legislador de os modificar ou suprimir.

Assim, a nossa tese pretende ser uma tese de caracterização de *direitos fundamentais*. Não obstante, para o tema em análise, é imprescindível o estudo da proteção conferida pelos instrumentos internacionais de consagração dos *direitos humanos*. Sem pretender aprofundar a querela conceptual entre os vários termos possíveis para designar a realidade constituída pelos direitos fundamentais<sup>68</sup>, cabe pelo menos clarificar o que, no contexto do presente estudo, se deverá entender por “direitos fundamentais” e por “direitos humanos”, uma vez que os dois termos serão usados de forma diferenciada.

A expressão “direitos fundamentais” surgiu em França, por volta de 1770, «tendo vindo a adquirir projecção na Alemanha, onde os “*grundrechte*” passaram a dominar o sistema de relações entre o Estado e o indivíduo»<sup>69</sup>. Já o termo “direitos humanos” entrou na linguagem comum após a IIª Guerra Mundial<sup>70</sup>. Ele foi herdeiro da concepção de direitos naturais, produto da filosofia moderna do séc. XVIII<sup>71</sup>.

JOÃO CAUPERS refere que entre as noções de direitos fundamentais e de direitos humanos não há diferenças substanciais, já que as duas se reportam ao reconhecimento da dignidade do ser humano<sup>72</sup>. Não obstante, o autor reconhece que elas se mantiveram tendencialmente em áreas jurídicas diferentes: os direitos humanos, na área do direito internacional, e os direitos fundamentais na área do direito constitucional<sup>73</sup>. Apontando para uma distinção entre as duas figuras, JORGE BACELAR GOUVEIA refere que os direitos humanos são as

---

<sup>68</sup> Para uma análise dessa problemática, v. GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos Fundamentales...*, p. 21 e ss.

<sup>69</sup> JOÃO CAUPERS, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 12.

<sup>70</sup> ISABEL CABRITA, *Direitos Humanos: Um Conceito...*, p. 12. V. ainda, em geral, H. ROBERTSON, & J. G. MERRILLS, *Human rights in the world...*, ANTONIO BLANC ALTEMIR, “Universalidad, Indivisibilidad e Interdependência de los Derechos Humanos...”, p. 13 e ss., CARLOS VILLÁN DURÁN, *Curso de Derecho Internacional...*, ANTÓNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos...*, MANFRED NOWAK, *Introduction to the International Human Rights...*, ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Direito Internacional...*, MIREYA CASTILLO, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos...*, AA.VV., *La Protección Internacional de los Derechos Humanos...*, CARLOS FERNANDEZ DE CASADEVANTE, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos...”, p. 67 e ss., FRANCISCO JAVIER QUEL LÓPEZ, “La Protección Internacional de los Derechos Humanos...”, p. 99 e ss., RHONA K. M. SMITH, *Textbook on International Human Rights...*, p. 65 e ss., HENRY J. STEINER & PHILIP ALSTON, *International Human Rights in Context...*

<sup>71</sup> Para uma evolução da ideia de direitos humanos, v. ISABEL CABRITA, *Direitos Humanos: Um Conceito...*, p. 77 e ss.

<sup>72</sup> JOÃO CAUPERS, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 15.

<sup>73</sup> JOÃO CAUPERS, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 19. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia é uma exceção a esta tendência.

«posições jurídicas activas consagradas no direito internacional público, e não no Direito Constitucional, como acontece com os direitos fundamentais»<sup>74</sup>.

Para JOÃO DE CASTRO MENDES, os direitos fundamentais são figuras primariamente de direito positivo, caracterizando-se pelo facto de a Constituição os reconhecer «como fonte e origem de todos os outros». Já os direitos humanos «apresentam-se primariamente como figuras de direito natural, e hoje, de direito internacional»<sup>75</sup>. A nossa posição vai de encontro à deste último autor. Pendemos para a consideração dos direitos humanos enquanto direitos não assentes na ordem estadual, mas inatos ou inerentes ao ser humano. Contrariamente, os direitos fundamentais são assentes na ordem estadual e constitucional. No entanto, por uma questão de clarificação terminológica, no contexto da presente dissertação, a expressão “direitos humanos” será usada para exprimir os direitos protegidos pelos instrumentos internacionais, e reservaremos a expressão “direitos fundamentais” para nos referirmos aos direitos constitucionalmente garantidos.

## 2. FONTES DE DIREITO E METODOLOGIA

Sendo o objetivo da presente dissertação discutir em que termos se podem reconhecer direitos fundamentais de imigração, não nos bastaremos, porém, com um mero recurso à Constituição Portuguesa. São inúmeras as fontes de direito pertinentes para a análise do presente tema: instrumentos normativos de diversos ramos jurídicos, a jurisprudência destinada a interpretar os mesmos, e a doutrina. No que toca ao direito positivo, as respostas para as várias questões que surgirão no decurso do nosso percurso analítico deverão ser procuradas em várias fontes normativas: no direito internacional dos direitos humanos, no direito da União Europeia e, por fim, na Constituição Portuguesa.

Não pretendemos, contudo, limitarmo-nos a enumerar atomisticamente as várias respostas fornecidas pelos vários instrumentos pertinentes, pelo que importa delinear a metodologia destinada a recolher e trabalhar o contributo dos mesmos.

### 2.1. FONTES DE DIREITO

Vários autores referem-se à particular fluidez e dispersão dos instrumentos normativos pertinentes na área da imigração<sup>76</sup>. Tem-se referido, desde logo, que os direitos dos estrangeiros dependem simultaneamente do direito de cada Estado e do direito internacional<sup>77</sup>. O seu estatuto resulta da articulação entre vários níveis de proteção, resultantes de normas de direito internacional (geral e regional), de direito europeu (da União

---

<sup>74</sup> JORGE BACELAR GOUVEIA, *Os Direitos Fundamentais Atípicos...*, p. 115.

<sup>75</sup> JOÃO DE CASTRO MENDES, “Direitos, Liberdades e Garantias...”, p. 114.

<sup>76</sup> Assim, GERASSIMOS FOURLANOS, *Sovereignty and the Ingress...*, p. 59, VINCENT CHÉTAIL, “The Transnational Movement of Persons...”, p. 1, PIETER BOELES, MAARTEN DEN HEIJER, GERIE LODDER & KEES WOUTERS, *European Migration Law...*, p. 21.

<sup>77</sup> FAUSTO DE QUADROS, *A Protecção da Propriedade Privada...*, p. 115 e JORGE MIRANDA, *Manual...* Tomo III, p. 143

Europeia e do Conselho da Europa), e de direito nacional (constitucional e administrativo)<sup>78</sup>. E isto porque, como teremos oportunidade de ver, nos primórdios do direito internacional dos direitos humanos estiveram precisamente preocupações ligadas à proteção dos estrangeiros. Só mais tarde as normas internacionais de garantia de direitos se afirmaram como “mínimos de dignidade humana” que deveriam aplicar-se a todas as pessoas. Já as Constituições nacionais preocupam-se tendencialmente em garantir direitos sobretudo aos cidadãos nacionais - aos *membros* do pacto social. A comunidade internacional seria, pois, chamada a suprir eventuais desproteções daí resultantes para os *não membros*<sup>79</sup>. Assim, no que toca aos direitos dos estrangeiros, o lugar primacial tem pertencido ao direito internacional<sup>80</sup>.

O direito internacional dos direitos humanos poderá funcionar, pois, como complemento das Constituições nacionais no que toca à proteção dos direitos dos estrangeiros<sup>81</sup>. Como os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos consagram o princípio da universalidade, a sua receção interna impede que os direitos por ele garantidos possam ser reservados apenas aos cidadãos nacionais<sup>82</sup>.

Mas não só. Desde o Tratado de Amesterdão, a União Europeia tem vindo a desenvolver uma política comum de imigração. A integração na UE tem, pois, indubitavelmente inúmeras influências no que toca aos direitos a reconhecer aos estrangeiros, nomeadamente no que toca à imigração. Neste sentido, refere ilustrativamente MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA que as fontes de direito da União Europeia «conformam directamente o estatuto jurídico de algumas categorias de estrangeiros»<sup>83</sup>.

Tanto o direito internacional dos direitos humanos, como o direito da União Europeia têm vindo a contribuir profundamente para o desenvolvimento dos direitos fundamentais plasmados na CRP, em parte devido também aos desenvolvimentos trazidos pelos organismos internacionais que se destinam a interpretar, aplicar ou controlar o respeito por esses instrumentos. Essa influência tem sido particular no domínio do direito da imigração.

### 2.1.1. Direito internacional dos direitos humanos

Comecemos por tecer breves considerações sobre o primeiro. Por “direito internacional dos direitos humanos” entendemos, com ANA MARIA GUERRA MARTINS, o conjunto de «regras jurídicas internacionais, qualquer que seja a fonte de onde emanam, que reconhecem, sem discriminação, aos indivíduos direitos e faculdades que asseguram a liberdade e a

---

<sup>78</sup> JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “A Nova Lei de Entrada...”, p. 69, CARLA AMADO GOMES & ANABELA COSTA LEÃO, *A Condição de Imigrante...*, p. 35, MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Os Direitos Fundamentais dos Estrangeiros...*, p. 5 e 97.

<sup>79</sup> JORGE MIRANDA, “A Declaração Universal dos Direitos do Homem...”, p. 50.

<sup>80</sup> JORGE MIRANDA, *Manual...* Tomo III, p. 144. Assim, mesmo entre os jusprivatistas se enumera como fontes primordiais do Direito dos Estrangeiros a proteção concedida pelo direito internacional público geral. Assim, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, p. 106.

<sup>81</sup> Desde que, obviamente, as Constituições rececionem os direitos humanos protegidos pelos instrumentos pertinentes de direito internacional, como se verá ser o caso da portuguesa.

<sup>82</sup> Em sentido semelhante, JORGE PEREIRA DA SILVA, *Direitos de Cidadania...*, p. 34 e STEPHEN GARDBAUM, “Human Rights...”, p. 765.

<sup>83</sup> MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Os Direitos Fundamentais dos Estrangeiros...*, p. 5.

dignidade da pessoa humana e que beneficiam de garantias institucionais»<sup>84</sup>. JORGE BACELAR GOUVEIA, por seu turno, define direito internacional dos direitos humanos como o ramo do direito que tem o propósito de consagrar direitos subjetivos, em favor de pessoas, ao nível do direito internacional<sup>85</sup>. O conjunto das normas jurídicas internacionais com relevância para os direitos humanos dos estrangeiros é complexo e composto por vários estratos<sup>86</sup>. Assumem relevo tanto convenções de proteção dos direitos humanos de âmbito geral, como convenções destinadas à proteção específica dos direitos dos estrangeiros. De facto, paralelamente a instrumentos destinados à proteção dos direitos humanos em geral, têm também surgido, mais recentemente, instrumentos destinados à proteção específica dos “imigrantes”, quer a nível universal quer regional.

No entanto, como se verá, os maiores desenvolvimentos em relação ao reconhecimento de um “direito a imigrar” têm resultado dos instrumentos gerais de proteção dos direitos humanos, como os Pactos gerais das Nações Unidas (N.U.) de desenvolvimento da DUDH – principalmente o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), mas também de certa forma o Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC)<sup>87</sup>. Outros instrumentos de consagração e garantia de direitos humanos assinados no seio das N.U. serão também importantes, como a Convenção dos Direitos da Criança (CDC)<sup>88</sup>, e ainda outros instrumentos que, de forma sectorial se podem revelar importantes para determinados pontos específicos da nossa dissertação. Isso é devido, muito em parte, aos mecanismos de garantia que estes instrumentos instituíram para controlar o respeito pelas obrigações que os Estados assumiram<sup>89</sup>. Referir-nos-emos, também, a instrumentos

---

<sup>84</sup> ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Direito Internacional...*, p. 82.

<sup>85</sup> Cf. *Manual de Direito Internacional...*, p. 608.

<sup>86</sup> ALEXANDER ALEINIKOFF fala, a esse propósito, de um corpo com substância, mas sem arquitetura. Cf. “International Legal Norms on Migration...”, p. 471 e ss.

<sup>87</sup> O PIDCP e o PIDESC foram aprovados pela Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas 2200 (XXI) de 16 de dezembro de 1966, e entraram em vigor, respetivamente, no dia 3 e janeiro e 23 de março de 1976 depois de terem reunido as 35 ratificações necessárias. Os Pactos acolheram praticamente todos os direitos plasmados na DUDH, com algumas exceções, entre as quais se conta o direito à nacionalidade, e o direito de asilo.

<sup>88</sup> A CDC foi adotada e aberta à assinatura, ratificação e adesão pela resolução n.º 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 20 de novembro de 1989, e entrou em vigor em 2 de setembro de 1990.

<sup>89</sup> No que toca ao PIDCP, o órgão em causa é o Comité dos Direitos Humanos, de acordo com o art. 28.º do PIDCP. A atividade do Comité dos Direitos Humanos encontra-se regulamentada pelo 1º Protocolo facultativo do PIDCP, de 1976, o qual é suscetível de ratificação autónoma. Nos termos desse Protocolo, indivíduos podem submeter queixas ao Comité dos Direitos Humanos alegando que um dos Estados signatários do mesmo violou as suas disposições. Vigora o sistema da exaustão dos meios judiciais internos e as decisões do Comité, embora obedeçam à estrutura de sentença, não possuem força vinculativa. O Comité exerce a sua atividade ainda através de exame dos relatórios dos Estados e das comunicações dos Estados. No sistema do PIDESC foi também instituído, em 28 de maio de 1985, um Comité – o Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, que tem competência para emanar observações e recomendações, e, desde que os Estados tenham assinado o Protocolo Adicional de 2008, também queixas individuais. Por seu turno, no sistema da CDC é também dotado de um Comité – o Comité dos Direitos da Criança que, desde a entrada em vigor do terceiro protocolo adicional, em abril de 2014, é também competente, *inter alia*, para conhecer de queixas individuais referentes à violação de direitos previstos na Convenção. Por fim, merece ainda menção o Comité para a Eliminação da Discriminação Racial, que prevê também um processo opcional de comunicações individuais, referentes à violação da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 21 de dezembro de 1965, e, finalmente, o Comité contra a Tortura, que prevê um sistema semelhante destinado a garantir o respeito pela Convenção contra a Tortura e Outras Penas e Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes, de 10 de dezembro de 1984. Alguns destes Comités também se dedicaram a realizar Comentários Gerais sobre os artigos dos respetivos instrumentos, os quais têm contribuído para desenvolver a

especificamente destinados a proteger os direitos humanos dos estrangeiros. Já menos relevância será dada aos inúmeros instrumentos de *soft law* emanados por diversos organismos sobre o tema das migrações internacionais<sup>90</sup>.

Para lá dos instrumentos de âmbito universal, os instrumentos resultantes da atividade do Conselho da Europa revestem uma importância especial<sup>91</sup>. Esse facto tem sido apontado, de forma generalizada, por alguns autores, que referem que são os instrumentos jurídicos regionais que mais relevância têm revestido no desenvolvimento dos direitos humanos<sup>92</sup>. Como refere MARIA LUÍSA DUARTE, eles «demonstram que o aprofundamento do sistema de garantia passa pela existência de laços de solidariedade política, geográfica, económica e cultural entre os Estados»<sup>93</sup>. Neste contexto apenas teremos em conta, porém, os desenvolvimentos trazidos pelos instrumentos vinculativos do Estado português, pelo que não nos referiremos aos instrumentos de proteção dos direitos humanos de outros sistemas regionais<sup>94</sup>.

De relevância ímpar no presente contexto é, desde logo, a CEDH<sup>95</sup>, considerada já o instrumento constitucional de ordem pública europeia<sup>96</sup> ou, ainda, o *bill of rights europeu*<sup>97</sup>. Esse seu papel foi reforçado com a institucionalização do pioneiro TEDH enquanto órgão de garantia<sup>98</sup>, que veio aliar uma atividade de profundo desenvolvimento sobre o

---

sua interpretação e aplicação. Para mais detalhes v. entre nós, SIAN LEWIS-ANTHONY, & MARTIN SCHEININ, “Treaty-based procedures for making human rights...”, p. 43 e ss., ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Direito Internacional...*, p. 133 e ss. e 183 e ss., HENRY J. STEINER & PHILIP ALSTON, *International Human Rights in Context...*, p. 592 e ss. RHONA K. M. SMITH, *Textbook on International Human Rights...*, p. 67 e ss., DINAH SHELTON, *Remedies in International Human Rights...* Sobre a importância dos Comentários gerais emanados sobretudo pelos organismos das Nações Unidas para o desenvolvimento da interpretação dos direitos humanos, v. GAËL ABLINE, “Les Observations Générales...”, p. 449 e ss. Sobre a importância da atividade destes organismos no contexto da proteção dos direitos dos trabalhadores imigrantes, v. DAVID WEISSBRODT & JUSTIN RHODES, “United Nations Treaty Bodies...”, p. 303 e ss.

<sup>90</sup> Sobre este ponto, v. VINCENT CHÉTAIL, “The Transnational Movement of Persons...”, p. 7 e ss. Concordamos com o autor quando o mesmo refere a importância, ainda que relativa, dos referidos instrumentos. Se, por um lado, os mesmos contribuem para generalizar o assunto “migrações” como um tópico da agenda internacional, por outro, a sua disseminação multiplicada por vários atores, muitas vezes com “agendas” conflituantes, pode enfraquecer o “discurso dos direitos humanos dos imigrantes”, por generalizar a cooperação informal e não vinculativa, em detrimento da adoção de regras vinculativas.

<sup>91</sup> Sobre o Conselho da Europa, v. MARIA LUÍSA DUARTE, “O Conselho da Europa...”, p. 195 e ss e, especificamente sobre a atividade no âmbito das migrações, JOHN MURRAY, “Le Conseil de l’Europe et les migrations internationales”, p. 17 e ss.

<sup>92</sup> ANA MARIA GUERRA MARTINS, “As Garantias Jurisdicionais...”, p. 117. Dando também conta dessa importância, J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, p. 318.

<sup>93</sup> MARIA LUÍSA DUARTE, *A Liberdade de circulação...*, p. 43.

<sup>94</sup> Para um estudo dos mesmos v., entre nós, ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Curso de Direito Constitucional...*, p. 300 e ss. Em especial, sobre a proteção do direito a migrar na Convenção Interamericana dos Direitos do Homem, v., entre outros, ANTÓNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, “Lé Déracinement...”, p. 311.

<sup>95</sup> Adotada em Roma, a 4 de novembro de 1950 e assinada por Portugal em 22 de setembro de 1976. Foi aprovada para ratificação pela Lei n.º 65/78, de 13 de outubro. Entrou em vigor em Portugal em 9 de novembro de 1978, data em que simultaneamente o Estado Português procedeu à declaração que reconhece o direito ao recurso individual e a jurisdição do TEDH.

<sup>96</sup> Ac. do TEDH de 23/03/1995, *Loizidou c. Turquia*, queixa n.º 15318/89.

<sup>97</sup> Assim, RUI MEDEIROS, “A Carta dos Direitos Fundamentais...”, p. 291.

<sup>98</sup> Atualmente, o órgão responsável pela interpretação da CEDH é o TEDH, de acordo com o art. 19.º e 32.º da CEDH. Até 1 de novembro de 1998, o controlo da Convenção era da competência de três instâncias: o Comité de Ministros do Conselho da Europa, composto pelos Ministros dos Negócios Estrangeiros dos

entendimento dos direitos humanos que os países europeus devem partilhar, à vinculatividade das suas decisões e ao acesso dos indivíduos a esse órgão<sup>99</sup>. Alguns autores consideram, por isso, que o sistema da CEDH constitui o sistema de proteção de direitos humanos mais desenvolvido do mundo<sup>100</sup>.

A CEDH tem revestido também uma importância central no que toca à interpretação dos direitos fundamentais plasmados na CRP. Tanto assim é que uma menção expressa na CRP a este instrumento foi equacionada numa das revisões constitucionais<sup>101</sup>. Apesar de essa menção não ter sido feita, o juiz constitucional tem vindo a desenvolver os direitos contidos no catálogo original da CRP em consonância com o texto da CEDH<sup>102</sup>.

A centralidade que se confere à CEDH na nossa ordem jurídico-constitucional é confirmada pela jurisprudência do TEDH, que tem vindo na prática a encarar este instrumento como possuindo um valor superior às demais obrigações internacionais dos Estados-Parte<sup>103</sup>, afirmando ainda a primazia da Convenção sobre todos os atos internos,

---

Estados-Parte, a Comissão Europeia dos Direitos do Homem (ComEDH) e o TEDH. Após essa data, e a entrada em vigor do Protocolo n.º 11, assinado em 11/05/1994, o Tribunal passou a ser o único órgão competente para decidir as queixas que lhe são submetidas, sendo o Comité de Ministros competente para velar pela execução dos Acórdãos. Encontra-se em vigor, desde 1 de junho de 2010, o Protocolo n.º 14, que veio introduzir mecanismos destinados a conferir celeridade ao andamento do processo. Até à entrada em vigor do Protocolo n.º 11, a ComEDH desempenhou um importante papel na interpretação dos direitos convencionais, pelo que nos referiremos também à sua jurisprudência até essa data. Para desenvolvimentos sobre o sistema de proteção da CEDH, v. ANDREW DRZEMCZEWSKI & JENS MEYER-LADEWIG, “Principal characteristics...”, p. 81 e ss., AA.VV., *L’Interprétation de la Convention Européenne...*, IRENEU CABRAL BARRETO, “O Tribunal Europeu...” e *A Convenção Europeia...*, p. 105 e ss., MARIE-AUDE BEERNAERT, “Protocol 14...”, p. 544 e ss., ANA MARIA GUERRA MARTINS, “As Garantias Jurisdicionais...”, p. 117 e ss. e *Direito Internacional...*, p. 256 e ss., JEAN-PIERRE MARGUÉNAUD, *La Cour Européenne...*, FRÉDÉRIC SUDRE, *Droit Européen...*, p. 134 e ss.

<sup>99</sup> Art. 46.º, n.º 1 e 34.º da CEDH. Note-se que, até à entrada em vigor do Protocolo n.º 11, a competência da ComEDH para conhecer queixas individuais tinha de ser expressamente aceite pelo Estado-Parte.

<sup>100</sup> MICHAEL O’BOYLE, “Reflections of the Effectiveness...”, p. 169. O autor apresenta várias razões para isso, como o respeito, por parte do TEDH, pelo princípio da subsidiariedade e pela margem de decisão dos Estados, o constante desenvolvimento do sistema, através da aprovação de novos protocolos, o facto de os Estados-Parte partilharem as mesmas tradições, bem como a mesma perspetiva no que toca à necessidade de efetivar o respeito pelos direitos humanos. No mesmo sentido, ainda, ELSPEETH GUILD, *The Legal Elements...*, p. 126 e STEPHEN LEGOMSKY, “Rationing Family Values...”, p. 837.

<sup>101</sup> Tal referência foi ponderada aquando da revisão de 1982. Porém, foi rejeitada por ser considerada ter pouco efeito útil. Cf. Debates na Comissão Eventual de Revisão Constitucional, *Diário da Assembleia da República*, II Série, n.º 8, 5º suplemento, de 8 de outubro de 1981 e no Plenário do Parlamento, *Diário da Assembleia da República*, Iª Série, n.º 101, de 11 de junho de 1982. Duvidamos dessa justificação. De facto, há que ter em mente não só o texto formal da CEDH, mas principalmente, a jurisprudência do TEDH, que tem vindo a dinamizar os direitos plasmados no texto, e que bem poderia dar uma nova luz aos direitos constitucionalmente protegidos.

<sup>102</sup> RUI MOURA RAMOS, “O Tribunal Constitucional Português...”, p. 812. Também noutros sistemas constitucionais a CEDH tem servido como elemento enriquecedor do catálogo de direitos fundamentais. No estudo de CONSTANCE GREWE, a autora chega à conclusão que muitos dos direitos não escritos desenvolvidos pelas jurisprudências constitucionais são os direitos que resultam da CEDH. Cf. “Le juge constitutionnel...”, p. 228. Por seu turno, RAINER ARNOLD refere que a CEDH tem servido de modelo para a elaboração do catálogo de direitos fundamentais das Constituições das novas democracias de leste. Cf. “L’exposition des Constitutions Européennes...”, p. 694.

<sup>103</sup> No caso *Bosphorus c. Irlanda*, o TEDH referiu que os Estados continuavam a estar vinculados à CEDH mesmo no que toca aos compromissos assumidos em virtude de tratados assinados após a entrada em vigor da Convenção. V. dec. de 30/06/2005, *Bosphorus c. Irlanda*, queixa n.º 45036/98. Sobre a importância da Convenção no nosso ordenamento jurídico, v. RUI MOURA RAMOS, “Aplicação da Convenção Europeia...”, p. 189 e ss.



seja qual for a natureza destes ou a qualidade do órgão que os emana<sup>104</sup>, incluindo as decisões proferidas por tribunais constitucionais dos Estados signatários em relação a direitos protegidos pela CEDH<sup>105</sup>. Assim, a «jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem fornece, hoje, um lastro jurisprudencial de interconstitucionalidade em sede de direitos fundamentais que, progressivamente, se vai incorporando na densificação normativa e decisória jurisprudencial dos programas constitucionais e das normas e princípios consagradores de direitos fundamentais»<sup>106</sup>. Nesse sentido, a CEDH é hoje considerada uma convenção de conteúdo materialmente constitucional<sup>107</sup>.

Esta centralidade tem ainda um paralelo no seio da União Europeia, onde a CEDH ocupa também um papel predominante, apesar de a UE não ser ainda signatária da mesma<sup>108</sup>. O TJUE tem interpretado várias vezes o direito da UE à luz dos direitos inscritos na CEDH, afirmando que estes fazem parte dos direitos protegidos pelos princípios gerais do Direito da União<sup>109</sup>. A referência permanente do TJ em relação à CEDH tem englobado, de resto, também a jurisprudência do TEDH<sup>110</sup>.

Finalmente, o desenvolvimento dos direitos humanos plasmados na CEDH, através do labor jurisprudencial do TEDH, tem-se tornado da maior relevância no que toca ao reconhecimento dos direitos fundamentais dos estrangeiros, tendo implicado, como se verá, uma verdadeira revolução na forma como se encaram os mesmos.

Tudo isto justifica a centralidade que, quer a CEDH, quer a jurisprudência do TEDH revestirão no contexto da presente dissertação.

Terá interesse ainda analisar outros instrumentos emanados pelo Conselho da Europa, como por exemplo a Carta Social Europeia (CSE), que consagra os direitos económicos e sociais, complementando o sistema de proteção da CEDH<sup>111</sup>.

---

<sup>104</sup> Nesse sentido, STEPHEN GARDBAUM, “Human Rights...”, p. 757 e FRÉDÉRIC SUDRE, *Droit Européen...*, p. 195.

<sup>105</sup> V. entre muitos outros, dec. de 22/06/2004, *Broniowski c. Polónia*, queixa n.º 31443/96 (sobre direito a indemnização por restrição do direito de propriedade) e dec. de 08/01/2004, *Voggenreiter c. Alemanha*, queixa n.º 47169/99 (sobre duração excessiva do processo).

<sup>106</sup> J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, p. 324.

<sup>107</sup> J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 821.

<sup>108</sup> O n.º 2 do art. 6.º do TFUE prevê a adesão da UE à CEDH, com a consequente sujeição desta aos seus órgãos de garantia. Essa solução era já defendida entre nós por vários autores. Assim, NUNO PIÇARRA, “A Competência do Tribunal de Justiça ...”, p. 1439, CATARINA SAMPAIO VENTURA, “Contexto e Justificação da Carta...”, p. 43, MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, “A evolução da protecção ...”, p. 34, RUI MEDEIROS, “A Carta dos Direitos Fundamentais...”, p. 288 ss, VITAL MOREIRA, “A Carta e a adesão da UE ...” p. 89 e ss. Por seu turno, o Protocolo n.º 14 anexo à CEDH introduziu um novo número no art. 59.º, que permitirá à UE aderir a esta Convenção.

<sup>109</sup> Foi no Ac. de 28/10/1975, *Rutili*, proc. 36/75, que a CEDH foi citada pela primeira vez pelo TJ. Cf. Ac. de 18/05/1989, *Comissão c. REA*, proc. n.º C-249/86. Para um estudo detalhado sobre este ponto, v. NUNO PIÇARRA, “A Competência do Tribunal de Justiça ...”, p. 139 e ss. MARIA LUÍSA DUARTE, *União Europeia e Direitos Fundamentais...*, p. 111 e 125.

<sup>110</sup> Cf., *inter alia*, Ac. de 12/02/1998, *Grant*, proc. n.º C-249/96 e Ac. de 31/05/2001, *D c. Conselho*, proc. n.º C-122/99 e C-125/99.

<sup>111</sup> Note-se, de resto, que o próprio TEDH invoca por vezes alguns preceitos da CSE. Para várias referências, v. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Direito Internacional...*, p. 267 e ss. A CSE foi inicialmente assinada em 18/10/1961 para complementar a CEDH no âmbito dos direitos económicos e sociais. A lista dos 19 direitos inicialmente protegidos foi expandida pela adoção do Protocolo Adicional de 1988, que adicionou mais quatro direitos. Em 03/05/1996, a CSE Revista expandiu ainda mais a lista de direitos garantidos, para passar a abranger um âmbito alargado de assuntos, para além da proteção dos trabalhadores e das suas famílias, incluindo

### 2.1.2. Direito da União Europeia

O direito da União Europeia, por seu turno, tem vindo também a influir profundamente no sentido que deve ser reconhecido aos direitos fundamentais reconhecidos pelas ordens internas dos Estados-Membros<sup>112</sup>. Isso justifica-se, desde logo, pelo facto de a ordem jurídica de UE se impor com uma intensidade que é desconhecida das outras ordens, devido ao carácter supranacional da integração<sup>113</sup>.

Por outro lado, se inicialmente a este ramo do direito eram estranhas considerações ligadas à proteção de direitos fundamentais no espaço comunitário, o labor jurisprudencial do TJ começou a suprir essa omissão<sup>114</sup>. O TJ começou a desenvolver a proteção de direitos fundamentais, firmando uma jurisprudência que começou por remeter para os mesmos enquanto “princípios gerais de direito” e acabou posteriormente por remeter para “as tradições constitucionais comuns” dos Estados-Membros e para a CEDH<sup>115</sup>. Esta jurisprudência foi consagrada no art. F2 pelo Tratado de Maastricht, de 1992<sup>116</sup>, posteriormente renumerado art. 6.º, n.º2 do TUE pelo Tratado de Amesterdão, assinado em 2 de outubro de 1997. Essa norma referia que «o Direito Comunitário respeitará os direitos

---

ainda a proteção contra a pobreza e exclusão social, bem como o direito a alojamento. No âmbito do presente trabalho, referir-se-á à CSE Revista, que foi aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 64-A/2001, de 17 de outubro e ratificada em 30/05/2002. A Carta conta com o Comité Europeu de Direitos Sociais, que é composto por peritos independentes que analisam a conformidade dos direitos nacionais com a CSE, através do procedimento de comunicação e informações, ao abrigo do qual os Estados apresentam relatórios nacionais periódicos ou do mecanismo da reclamação coletiva, através do qual as organizações apresentam reclamações. Sobre a CSE e o respetivo comité de peritos, v., *inter alia*, RYSZARD CHOLEWINSKI, “The Protection of the Right of Economic...”, p. 577, JEAN-FRANÇOIS AKANDJI-KOMBÉ, “Actualité de la Charte Sociale Européenne...”, p. 507 e ss., AA.VV., *La Charte Social Européenne...*, ANA GEMMA LÓPEZ MARTÍN, “El Sistema Europeo de Protección...”, p. 223 e ss.

<sup>112</sup> Em algumas delas, inclusivamente, o direito da UE passou a ser usado como parâmetro de aferição da constitucionalidade das normas internas. Para uma análise detalhada deste ponto, v. FRANCISCO RUBIO LLORENTE, “Constitution europe...”, p. 711.

<sup>113</sup> RAINER ARNOLD, “L’exposition des Constitutions Européennes...”, p. 674 e 679 ss.

<sup>114</sup> Para um estudo da evolução da proteção dos direitos fundamentais no seio da UE, v. FRANCISCO LUCAS PIRES, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu...*, p. 37, NUNO PIÇARRA, “A Competência do Tribunal de Justiça ...”, p. 1395 ss., BRUNO DE WITTE, “The Past and the future role...”, p. 859 e ss., MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, “A evolução da proteção...”, p. 17 e ss., RUI MEDEIROS, “A Carta dos Direitos Fundamentais...”, p. 25, MARIA LUÍSA DUARTE, *União Europeia e Direitos Fundamentais...*, p. 34 e ss., MERCEDES CANDELA SORIANO & CÉDRIC CHENEVIÈRE, “Le Législateur et les Droits de l’Homme...” e MELCHIOR WATHELET, “La Cour de Justice et les Droits de l’Homme...”, p. 12 e ss.

<sup>115</sup> De facto, neste ponto importa lembrar que, desde Ac. de 11/11/1969, *Stauder*, proc. n.º C-29/69 e Ac. de 14/05/1974, *Nold*, proc. n.º C-4/73, o então TJCE afirmou que os instrumentos de proteção dos direitos humanos a que os Estados-Membros tinham aderido também deveriam ser tidos em conta pelo direito comunitário e que os direitos fundamentais, tal como decorriam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, eram também reconhecidos pelo direito comunitário. O então TJCE passou a assumir-se assim, também, como guardião do respeito pelos direitos fundamentais no quadro do direito comunitário. Sobre este ponto, v. MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, “A evolução da proteção ...”, p. 17 e ss., SOPHIE GARCIA-JOURDAN, *L’émergence d’un espace européen...*, p.72.

<sup>116</sup> De notar que o Ato Único Europeu continha já uma referência no preâmbulo ao compromisso dos Estados-Membros de «promover conjuntamente a democracia, com base nos direitos fundamentais reconhecidos nas Constituições e nas legislações dos Estados-Membros, na Convenção de Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e na Carta Social Europeia (...)».

fundamentais tal como os garante a CEDH e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, enquanto princípios gerais de direito comunitário»<sup>117</sup>. Atualmente, essa disposição encontra-se no art. 6.º, n.º3 do TUE.

Atualmente, para além do art. 6.º, n.º3, do TFUE, a UE dispõe também de um catálogo de direitos a proteger na atividade da UE – a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE)<sup>118</sup>. A Carta foi proclamada oficialmente em Nice pelo Parlamento, Conselho e Comissão em 7 de dezembro de 2000. O seu objetivo principal consiste em reafirmar «os direitos em matéria de liberdade e igualdade e os direitos processuais fundamentais, tal como garantidos na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e como resultam das tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros enquanto princípios gerais do direito comunitário (...). Na elaboração da Carta, deverão ser igualmente tidos em conta os direitos económicos e sociais que se encontram consignados na Carta Social Europeia e na Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores»<sup>119</sup>. Assim, o seu escopo principal foi dar visibilidade a estes direitos, que vigoravam na UE como património comum, garantindo-se uma maior segurança e certeza jurídicas, face ao sistema de proteção de base jurisprudencial, concretizado caso a caso, pelo juiz da UE. Nas palavras de ANTÓNIO VITORINO, «a Carta é um texto que contém o *acquis* comunitário em matéria de direitos fundamentais, ou seja, constitui o resultado de uma síntese daquilo que se considerou ser o elenco dos direitos fundamentais em vigor na União Europeia – bem como o respectivo âmbito de aplicação»<sup>120</sup>.

Após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa<sup>121</sup>, a CDFUE ganhou eficácia jurídica vinculativa, passando a poder servir de parâmetro de validade do direito secundário da UE e também do direito nacional quando este visa aplicar o Direito da União (art. 51.º CDFUE)<sup>122</sup>. Note-se que a CDFUE possui a mesma força jurídica dos Tratados<sup>123</sup>. Assim, o respeito pela Carta será da maior importância no que toca, por exemplo, à transposição das diretivas em matéria de imigração por parte dos Estados-Membros.

A CDFUE tem ainda o valor acrescido de ter contribuído para a centralidade dos direitos fundamentais no direito da UE, autonomizando os direitos fundamentais em relação às

---

<sup>117</sup> Alguns autores consideram que a garantia dos direitos fundamentais estabelecida no Tratado da UE foi um retrocesso relativamente ao terceiro considerando do Ato Único Europeu, que abrangia os direitos fundamentais reconhecidos nas constituições e legislações nacionais e ainda na Carta Social Europeia. Cf. MARIA LUÍSA DUARTE, *União Europeia e Direitos Fundamentais*,...p. 178.

<sup>118</sup> Sobre a CDFUE v., *inter alia*, ANTÓNIO VITORINO, *Carta dos Direitos Fundamentais*..., ELSPEETH GUILD, “The Variable Subject...”, p. 387 e ss., MARIA LUÍSA DUARTE, *União Europeia e Direitos Fundamentais*..., p. 127 e ss. e, da mesma autora, “A carta dos direitos fundamentais da União Europeia..”, p. 723 e ss. e ANA MARIA GUERRA MARTINS, “Constitucionalismo Europeu ...”, p. 103 e ss.

<sup>119</sup> Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Colónia de 3 e 4 de junho de 1999.

<sup>120</sup> ANTÓNIO VITORINO, “Perspetivas de Futuro para a União Europeia...”, p. 998.

<sup>121</sup> O Tratado de Lisboa entrou em vigor, a 1 de dezembro de 2009, tendo alterado, sem substituir, os Tratados da União Europeia e da Comunidade Europeia (que passou a ser designado por Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia).

<sup>122</sup> Sobre este ponto, v. J.J. GOMES CANOTILHO, “Compreensão Jurídico-política da Carta...”, p. 13 e ANTÓNIO VITORINO, *Carta dos Direitos Fundamentais*..., p. 18. Sobre o que se deverá entender por atuação dos Estados-Membros «no campo de aplicação do Direito Comunitário», v. NUNO PIÇARRA, “A Competência do Tribunal de Justiça ...”, p. 1416 e ss., STEVE PEERS, “Immigration, Asylum...” (2001), p. 148, LAURENCE BURGORGUE-LARSEN, “Article II – 112...”, p. 658 e ss. e MARIA LUÍSA DUARTE, *União Europeia e Direitos Fundamentais*,...p. 350 e ss.

<sup>123</sup> Ela goza, assim dos atributos do Direito da UE originário. Sobre este ponto, v. MARIA LUÍSA DUARTE, “A União Europeia e o Sistema Europeu de Proteção...”, p. 172.

políticas da União<sup>124</sup>. A CDFUE assume-se, assim, como mais um instrumento de proteção dos direitos humanos, pelo que cumpre analisar de que forma os direitos por ela garantidos contribuem para a resposta a dar à problemática referente ao reconhecimento de direitos fundamentais de imigração. Sendo o principal objetivo da CDFUE tornar mais visível o sentido comum dos direitos fundamentais protegidos no seio da UE<sup>125</sup>, o intérprete não pode deixar de a ter em conta na hora de interpretar os direitos fundamentais, pelo menos quando estiver em causa a atuação estadual em cumprimento do direito da UE, ainda mais num domínio como o do reconhecimento de direitos humanos ao estrangeiro<sup>126</sup>. Neste contexto, refere J.J. GOMES CANOTILHO, precisamente, que a CDFUE se traduz num «espaço de reforço garantístico para determinados direitos», entre os quais se inserem os «direitos relacionados com os problemas de inclusividade (imigrantes, refugiados e asilados)»<sup>127</sup>. E, de facto, na jurisprudência do TC há várias referências à Carta, mesmo quando não está em causa a aplicação do direito da UE, sendo ela «convocada por exprimir princípios comuns aos ordenamentos europeus»<sup>128</sup>.

Mas não é só através da CDFUE que podemos colher do direito da UE contributos respeitantes ao reconhecimento de direitos de imigração. A proteção de direitos fundamentais por parte da UE através dos atos de direito derivado<sup>129</sup> afigura-se também incontornável. E, de facto, já no passado se traduziu em alargamento da proteção constitucional a novos direitos. Um exemplo é o direito de livre circulação dos cidadãos da UE, direito fundamental reconhecido pela ordem jurídica da UE, mas não pela maior parte das Constituições estaduais. Esse direito já foi entre nós considerado como um direito fundamental material<sup>130</sup>. Esta experiência demonstra-nos que também o direito derivado pode ser considerado fonte de direitos fundamentais<sup>131</sup>. Se isso sucedeu em relação aos direitos dos cidadãos da UE, pode vir a suceder também no que toca aos direitos reconhecidos a estrangeiros, devido ao surgimento da competência da UE em matéria de imigração.

---

<sup>124</sup> Assim, MARIA LUÍSA DUARTE, “O Tratado de Lisboa...”, p. 85. V. ainda RUI MEDEIROS, “A Carta dos Direitos Fundamentais...”, p. 237.

<sup>125</sup> Protocolo n.º 30 anexo aos Tratados.

<sup>126</sup> Nesse sentido, quase todos os atos jurídicos emanados pela UE em matéria de política de imigração mencionam o respeito pela CDFUE. Sobre este ponto, v., entre outros, SOPHIE GARCIA-JOURDAN, *L'émergence d'un espace européen...*, p. 119 e ss., STEVE PEERS & NICOLA ROGERS, *EU Immigration...*, p. 129 e ss.

<sup>127</sup> J.J. GOMES CANOTILHO, “Compreensão Jurídico-Política da Carta...”, p. 15.

<sup>128</sup> Assim, o Ac. n.º 275/02, de 19/06/2002, em que o Tribunal considerou que o art. 36.º, n.º1 da CRP, ao prever o “direito de constituir família e de contrair casamento”, consagra duas realidades diferentes. Para esse efeito, socorreu-se do art. 9.º da CDFUE e das anotações explicativas da Convenção que elaborou a Carta.

<sup>129</sup> Direito derivado corresponderá neste contexto ao «conjunto de atos adotados pelas instituições e órgãos competentes da União», com a função de «de aplicação dos tratados institutivos». Assim, MARIA LUÍSA DUARTE, *União Europeia e Direitos Fundamentais...*, p. 188.

<sup>130</sup> MARIA LUÍSA DUARTE, *A Liberdade de circulação...*, p. 178 e ainda ANA RITA GIL, “Um Caso de Europeização...”, p. 52.

<sup>131</sup> No que ao direito fundamental de livre circulação diz respeito, tome-se em conta, em particular, o Regulamento (CEE) n.º 1612/68, de 15 de outubro e a Diretiva 2004/38/CE, de 29 de abril.

### 2.1.3. Constituições, lei interna

Finalmente, a Constituição Portuguesa, enquanto Lei Base, e que consagra o catálogo de direitos fundamentais que devem ser garantidos no nosso sistema jurídico revestirá uma centralidade específica na presente dissertação, já que pretendemos discutir se das respetivas disposições se pode retirar a proteção de direitos fundamentais de imigração. No nosso estudo recorreremos também a jurisprudência constitucional estrangeira, quando se afigure relevante obter exemplos de opções semelhantes de outros ordenamentos jurídicos ou recolher desenvolvimentos dos mesmos, nomeadamente no que toca a ilustrar de que forma têm, também eles, estendido a proteção constitucional a direitos plasmados no direito internacional dos direitos humanos e do direito europeu<sup>132</sup>. Note-se que não se visa proceder a uma análise de direito comparado, mas apenas olhar para exemplos que podem contribuir para o entendimento que podemos ter dos direitos consagrados pela nossa Constituição<sup>133</sup>. Por fim, serão feitas várias referências à lei de imigração atualmente em vigor, e que terão apenas o intuito de demonstrar de que forma a mesma receciona as várias manifestações de direitos fundamentais de imigração de que iremos dando conta.

## 2.2. METODOLOGIA

Como já referimos, uma vez que as fontes de direito que fornecerão respostas para a questão que visamos desenvolver na presente dissertação são várias e dispersas, afigura-se útil delinear uma metodologia que explique como serão elas trabalhadas, de que forma se recolherão os contributos das mesmas e como se chegará a respostas concretas referentes ao tema em análise.

### 2.2.1. A sistematização temática e a análise transversal das fontes de direito

O percurso analítico da presente dissertação será sistematizado de acordo com os vários subtemas que se dirigem à caracterização da proteção de direitos fundamentais de imigração. No que toca aos vários aspetos a analisar, optaremos por trabalhar as várias fontes de direito mencionadas de forma sectorial, estudando as respostas que cada uma pode trazer ao problema em concreto analisado. *I.e.*, ao invés de procedermos a uma análise de cada instrumento jurídico separadamente, e de uma só vez, esgotando as respostas que o mesmo possa oferecer, faremos o nosso percurso analítico através de várias questões concretas, analisando, em cada um delas, transversalmente, as respostas extraíveis dos instrumentos pertinentes. Esse método de análise permite-nos confrontar e comparar, a cada momento, o nível de proteção conferido pelos vários elementos normativos, e estabelecer qual o entendimento que se afigura preferencial para cada tópico de análise, ou até ensaiar conjugações resultantes de contributos de vários instrumentos.

---

<sup>132</sup> Para uma distinção entre as duas metodologias, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Introdução ao Direito Comparado...*, p. 9.

<sup>133</sup> Para uma análise de direito comparado no que toca ao reconhecimento de direitos fundamentais aos estrangeiros por parte das várias constituições, v. MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Os Direitos Fundamentais dos Estrangeiros...*, p. 54.

### 2.2.2. O princípio do tratamento mais favorável

O pluralismo de fontes de proteção dos direitos fundamentais pode levantar questões e dúvidas - desde logo se os vários instrumentos estabelecerem níveis de proteção diferentes. Levanta-se assim a questão de saber qual deverá prevalecer. Uma definição de hierarquia de normas traduz, no nosso entender, uma conceção apriorística e formalística da questão, que não será seguida no presente estudo. Neste ponto concordamos com a opinião de MARIA LUÍSA DUARTE quando sublinha que a preferência por uma norma sobre direitos em detrimento de outra deverá fazer-se em função do seu *conteúdo* e não da sua origem ou estatuto formal<sup>134</sup>.

Resta saber qual o critério de preferência de determinado conteúdo em relação a outro. FAUSTO DE QUADROS adota uma referência finalística, considerando que o que se pretende é que «em cada momento, quanto a cada um dos direitos fundamentais, e tanto na ordem interna como na ordem internacional» se alcance «o mais alto nível de protecção e de garantia»<sup>135</sup>. O autor fala, nesse sentido, de «um nível garantido de protecção dos direitos fundamentais pelo direito internacional como medida para a concretização da Constituição». Isso significa que o entendimento que o direito internacional tem dos direitos humanos em determinado momento representa um “compromisso mínimo”, ou mesmo um “nível mínimo” que a Constituição tem de acompanhar<sup>136</sup>. Permite-se assim, nas palavras do autor, «um suave nivelamento global da ordem interna pelo grau mais favorável do direito internacional»<sup>137</sup>. Também para J.J. GOMES CANOTILHO, a regulação e os sistemas internacionais de garantia dos direitos humanos fornecem um “standard mínimo de garantia”<sup>138</sup>. Na mesma linha de ideias, HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ defende que o órgão de controlo da constitucionalidade deve aplicar os preceitos que concedam uma maior proteção aos direitos fundamentais<sup>139</sup>. Os autores defendem assim um “princípio da preferência de aplicação das normas consagradoras de um nível de proteção mais elevado”<sup>140</sup>.

Em consonância com estes desenvolvimentos doutrinários, também nós consideramos que, para cada questão em que resultem dos instrumentos normativos pertinentes diversas respostas, correspondentes a diferentes níveis de proteção, deverá prevalecer o entendimento que estabeleça um tratamento mais favorável. Isto porque será ele que traduzirá a garantia do melhor grau de proteção que é reconhecido, naquele momento, pela ordem jurídica na sua globalidade.

Essa é, inclusivamente, um princípio comum aos vários sistemas de proteção dos direitos fundamentais. Nesse sentido, MARIA LUÍSA DUARTE fala de uma regra na teoria geral dos direitos fundamentais que postula a «preferência pela cláusula normativa de direitos que assegure, na esfera jurídica do destinatário, a protecção mais elevada dos interesses e expectativas gerados pelo reconhecimento do direito subjectivo em causa»<sup>141</sup>. No mesmo

---

<sup>134</sup> MARIA LUÍSA DUARTE, *União Europeia e Direitos Fundamentais*,...p. 286.

<sup>135</sup> FAUSTO DE QUADROS, *A Protecção da Propriedade Privada*..., p. 552.

<sup>136</sup> *Idem*, p. 540.

<sup>137</sup> *Idem*, p. 562.

<sup>138</sup> J.J. GOMES CANOTILHO, “Compreensão Jurídico-política da Carta...”, p. 13.

<sup>139</sup> HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ, “Constitución y Derecho Internacional...”, p. 22.

<sup>140</sup> J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição*..., Vol. I, p. 368.

<sup>141</sup> MARIA LUÍSA DUARTE, *União Europeia e Direitos Fundamentais*,...p. 281.

sentido, JORGE MIRANDA fala da aplicação de um princípio geral aos tratados de direitos humanos de interpretação à luz do princípio do tratamento mais favorável ou *pro libertate*<sup>142</sup>.

E, de facto, várias normas de instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos preveem verdadeiras cláusulas de reserva de tratamento mais favorável. Senão vejamos: O art. 53.º da CEDH estipula que nenhuma das disposições da Convenção poderá ser interpretada no sentido de limitar ou prejudicar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais que sejam reconhecidas pelo direito interno de qualquer Estado Parte ou por qualquer outra convenção de que o mesmo seja parte. Como refere o TEDH, ela demonstra que a CEDH visa apenas *reforçar* a proteção assegurada a nível nacional, mas não impor limites à mesma<sup>143</sup>.

Por seu turno, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia prescreve, no art. 53.º: «Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação (...) pelas Constituições dos Estados-Membros». Alguns autores apelidam-na de «cláusula do não retrocesso» do nível de proteção atingido relativamente à CEDH, às convenções internacionais sobre direitos humanos, a outros tratados e declarações internacionais e às Constituições dos Estados-Membros<sup>144</sup>. O objetivo dela foi «preservar o nível de proteção actualmente conferido, no âmbito respectivo, pelo direito da União, pelo direito dos Estados-Membros e pelo direito internacional»<sup>145</sup>. Essa cláusula foi, de resto, inspirada pela “cláusula-gémea” do art. 53.º da CEDH. A garantia do nível de proteção mais elevado está ainda prevista no art. 52.º, n.º3, que dispõe que, na medida em que a Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela CEDH, o sentido e âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa convenção, a não ser que a CDFUE garanta uma proteção mais extensa ou mais ampla<sup>146</sup>.

Estas cláusulas têm, de resto, paralelo em várias outras convenções internacionais de proteção dos direitos humanos, como o art. 5.º, n.º2 do PIDCP, o art. 5.º, n.º2 do PIDESC, o art. 41.º da Convenção dos Direitos da Criança, o art. 32.º da Carta Social Europeia e o art. 2.º, n.º2 da Declaração dos Direitos do Homem das pessoas que não possuem a nacionalidade do país onde vivem. O objectivo de todas estas cláusulas é o mesmo - proporcionar aos titulares dos direitos o mais elevado nível de proteção alcançado a cada momento<sup>147</sup>.

O princípio do tratamento mais favorável levanta, porém, algumas questões. Por um lado, no que toca a saber qual, de entre os vários em presença, constitui o “tratamento mais favorável”. Por outro lado, no que toca a direitos que a CRP não quis propositadamente

---

<sup>142</sup> JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional...* p. 312.

<sup>143</sup> Dec. de 30/01/1998, *Partido Comunista Unificado c. Turquia*, queixa n.º 133/1996/752/951. Sobre este aspeto, v. GÉRARD, COHEN-JONATHAN, “Transparence, Démocratie...”, p. 245.

<sup>144</sup> J.J. GOMES CANOTILHO, “Compreensão Jurídico-política da Carta...”, p. 14 e ANABELA COSTA LEÃO, “A Carta dos Direitos Fundamentais...”, p. 66. A última autora chama a atenção, porém, para alguns malefícios desta cláusula, como a maior dificuldade da aplicação uniforme do direito da UE. Para mais críticas a este normativo, v. MARIA LUÍSA DUARTE, *União Europeia e Direitos Fundamentais...* p. 287. Sobre a aplicação da norma na jurisprudência mais recente, v. BRUNO DE WITTE, “Tensions in the Multilevel Protection...”, p. 205 e ss., LOÏC AZOULAI, “Article II – 113 – Niveau de Protection”, p. 689 e ss.

<sup>145</sup> Anotação ao art. 53.º do *Praesidium*, 11/10/2000.

<sup>146</sup> Sobre esta cláusula v., em detalhe, STEVE PEERS, “Immigration, Asylum and the European Union Charter...” (2012), p. 454 e ss.

<sup>147</sup> MARIA LUÍSA DUARTE, *União Europeia e Direitos Fundamentais...* p. 243.

proteger, ou até visou proibir<sup>148</sup>. Julgamos porém que estas dificuldades não justificam por si só que se abandone o princípio, já que a justificação ética que lhe subjaz deverá orientar a resolução destas dificuldades no caso concreto.

Encontra-se assim delimitado o critério de articulação das várias fontes de proteção de direitos humanos e de direitos fundamentais com que iremos trabalhar. Mas, note-se, o objectivo norteador de encontrar o nível de proteção mais elevado não significa que encaremos a relação entre os instrumentos pertinentes como uma relação de concorrência. A perspectiva que iremos adotar será mais de *complementaridade*<sup>149</sup>, ou até “mutuamente reforçadora”<sup>150</sup>. A harmonização entre estes níveis normativos faz-se através da procura do grau de proteção máximo que, da ordem jurídica globalmente considerada, resulta para o direito fundamental em causa.

### **2.2.3. A interpretação dos direitos constitucionais à luz dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos**

O ponto central da nossa análise será a Constituição Portuguesa, já que pretendemos saber se é possível fundar o reconhecimento de direitos fundamentais de imigração nas normas constitucionais. Assim, importa saber de que forma a nossa Constituição recebe os vários contributos provenientes das fontes de direito enunciadas. A necessidade de interpretação, densificação e assim, enriquecimento dos preceitos constitucionais através da perspetivação dos desenvolvimentos das demais fontes de direito resulta não só da já referida multiplicidade destas últimas no que toca ao específico problema dos direitos de imigração, como ainda de uma filosofia de *abertura* da nossa Constituição às mesmas, que assumidamente adoptamos na presente dissertação, e que iremos expor de seguida.

#### ***a) As razões da abertura das normas constitucionais de proteção dos direitos fundamentais às normas de proteção internacional dos direitos humanos***

Adotar uma metodologia que apenas partisse da Constituição e nela se bastasse significaria ficarmos alheios a um entendimento pluralista do Direito, assente no reconhecimento recíproco das ordens jurídicas e sobretudo na sua intercomunicação<sup>151</sup>. HÄBERLE fala, a esse

---

<sup>148</sup> Esse é o caso do *lock-out*, proibido pelo art. 57.º da CRP, mas não por vários instrumentos internacionais, como o art. 28.º da CDFUE. Se, por um lado, o princípio do tratamento mais favorável poderia ser invocado para dar prevalência à norma constitucional, no sentido de não se diminuir a proteção dos trabalhadores, por outro, da perspectiva do empregador, o nível de proteção mais elevado é aquele que se funda no direito internacional e que não lhe proíbe o *lock-out*. Considerando que a proibição de *lock-out* se funda numa proteção acrescida dos direitos do trabalhador, e que, por isso, o nível mais elevado de proteção é oferecido pela CRP. V. RUI MEDEIROS, “A Carta dos Direitos Fundamentais...”, p. 54, ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho...*, p. 991. Para ANABELA COSTA LEÃO nessa situação não se trata tanto de um conflito entre *níveis de proteção*, mas sim entre *dois direitos diferentes*, havendo, sim a necessidade de ponderação dos mesmos. V. “A Carta dos Direitos Fundamentais...”, p. 67.

<sup>149</sup> Assim, MARIA LUÍSA DUARTE, *União Europeia e Direitos Fundamentais...*, p. 289.

<sup>150</sup> JÓNATAS MACHADO, *Direito Internacional...*, p. 111.

<sup>151</sup> Assim, o afirma já SANTI ROMANO na sua obra *L'Ordinamento Giuridico*. O autor constrói uma teoria sobre influência recíproca das várias ordens jurídicas existentes, negando de forma premente que o sistema estadual seja o único sistema do mundo jurídico. Apesar de ter ainda presente uma concepção clássica do direito



propósito, de um «reflexo das garantias internacionais dos direitos do Homem sobre a concepção interna dos direitos fundamentais como uma consequência do Estado constitucional cooperativo»<sup>152</sup>. Neste sentido tem-se ainda referido cada vez mais, a existência de uma «tutela multinível dos direitos fundamentais»<sup>153</sup>.

A necessidade de ter em conta os desenvolvimentos trazidos por outras fontes de direito na hora de interpretar os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados justifica-se por várias ordens de razões. Desde logo, a dimensão universalista dos direitos fundamentais está presente na história dos preceitos constitucionais, preenchendo-lhes o sentido, já que o seu conteúdo e designação foram profundamente inspirados pelas declarações e pactos internacionais<sup>154</sup>.

Mas não só. Adotando uma perspetiva evolutiva, o entendimento que se faça dos direitos fundamentais protegidos pela CRP deve acompanhar os avanços e evoluções sentidos no campo dos direitos humanos<sup>155</sup>. As várias Constituições reconhecem-se hoje como ordens imperfeitas e dotadas de abertura “material” e “temporal”<sup>156</sup>. Esta perspetiva de abertura é, também, aquela que permite aos textos constitucionais assegurarem a sua duração<sup>157</sup>. Essa foi, de resto, uma das preocupações do legislador constituinte nas revisões constitucionais, como dão conta GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA: «a CRP, desenvolvendo e aperfeiçoando as mais modernas aquisições no campo dos direitos fundamentais, quer no âmbito do direito internacional, quer no domínio do direito constitucional comparado, fez assentar os direitos fundamentais em valores bem mais ricos (...)»<sup>158</sup>.

Por fim, a necessidade de acompanhar os desenvolvimentos dos instrumentos de proteção dos direitos humanos prende-se ainda com razões relacionadas com o próprio enriquecimento material do conteúdo dos direitos fundamentais e com o princípio do tratamento mais favorável. Assim, «o entendimento dos direitos fundamentais constitucionais não pode ignorar a internacionalização do reconhecimento e da protecção dos Direitos do Homem»<sup>159</sup>. A chamada “tutela multinível” dos direitos fundamentais, é aquela que «maximiza a proteção dos mesmos»<sup>160</sup>, tanto mais que os instrumentos de

---

internacional, afirma já que ele transcende a vontade estadual e se afirma como uma entidade com autonomia própria. O direito internacional seria uma ordem relevante para o direito interno não tanto por lhe ser hierarquicamente superior (já que não podia determinar a sua existência e validade), no que toca à *relevância* no seu conteúdo, já que imporia ou interditaria o Estado de produzir determinado direito com um determinado conteúdo. Cf., na tradução francesa da obra, *L'Ordre Juridique...*, p. 83 e ss. Entre nós, v. ainda JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional...* p. 150 e ss.

<sup>152</sup> PETER HÄBERLE, *Le Libertà Fondamentali...*, p. 243.

<sup>153</sup> Assim, ANA MARIA GUERRA MARTINS & MIGUEL PRATA ROQUE, *A Tutela Multinível dos Direitos Fundamentais...*

<sup>154</sup> JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 39.

<sup>155</sup> Esta visão evolutiva da Constituição implica ainda consequências no plano dos métodos de interpretação das normas constitucionais. Dando conta do uso, pelos tribunais constitucionais, dos métodos de interpretação das instâncias internacionais, CONSTANCE GREWE, “Le juge constitutionnel...”, p. 204.

<sup>156</sup> J.J. GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente...*, p. 147, PAULO CANELAS DE CASTRO, “Portugal’s World Outlook...”, p. 498.

<sup>157</sup> CONSTANCE GREWE, “Le juge constitutionnel...”, p. 206.

<sup>158</sup> J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, p. 295.

<sup>159</sup> *Idem*, p. 323.

<sup>160</sup> ANA MARIA GUERRA MARTINS & MIGUEL PRATA ROQUE, *A Tutela Multinível dos Direitos Fundamentais...*, p. 43.

proteção internacional dos direitos humanos contêm vários expedientes que têm permitido um desenvolvimento progressivo do nível de proteção por eles assegurado<sup>161</sup>. Assim, deve existir um esforço constitucional de acompanhamento desses avanços. Isso conduzirá, como refere FAUSTO DE QUADROS, ao enriquecimento ético do próprio direito constitucional<sup>162</sup>, já que estes avanços representam a evolução da consciência e cultura humana<sup>163</sup> e são a expressão do consenso internacional alcançado a cada momento no que toca ao *mínimo denominador comum* da proteção dos direitos humanos, em relação ao qual a CRP não pode ficar atrás.

Não concordamos, por isso, com posições conformistas que, olhando o trabalho feito pelo legislador constituinte como um trabalho acabado e exemplar a nível do direito comparado, consideram que, face à abundância de normas garantidoras de direitos fundamentais, pouco espaço sobra para uma eventual intervenção suplementar dos textos internacionais de proteção dos direitos humanos<sup>164</sup>. É certo que, se se levar a cabo uma análise comparativa dos direitos previstos na CRP e dos catálogos dos instrumentos que consagram direitos humanos, facilmente chegaremos à conclusão que o catálogo português em muito os supera<sup>165</sup>, e que poucos são os direitos não previstos pela CRP apesar de consagrados em instrumentos de direito internacional<sup>166</sup>. Porém, se olharmos para esses instrumentos de uma perspetiva dinâmica, em especial, através dos desenvolvimentos levados a cabo pelos respetivos órgãos de garantia, vemos que as possibilidades que o direito internacional oferece são bastante mais vastas do que se julgaria através de uma comparação meramente formalística dos catálogos<sup>167</sup>.

A consideração de que as Constituições nacionais não oferecem hoje o monopólio de proteção dos direitos fundamentais, a necessidade de procurar os sentidos inspiradores das

---

<sup>161</sup> PEDRO NIKKEN, *La Protección...*, p. 75 e ss. A progressiva expansão do nível de proteção destes instrumentos tem sido possível graças a vários fatores. Desde logo, estes instrumentos estabelecem-se como pontos de partida de garantias mínimas, cujas restrições são limitadas, mas as ampliações autorizadas. Depois, estabelecem marcos gerais, dentro dos quais a intenção de quem os subscreve se manifesta no sentido de impulsionar um processo de desenvolvimento progressivo. Por outro lado, os respetivos órgãos de garantia usam métodos de interpretação que os têm levado a optar pela mais ampla de entre as possíveis interpretações – por exemplo, o método de interpretação *evolutivo*, que implica a necessidade de considerar os direitos humanos à luz do contexto da atualidade e uma preferência pelo elemento teleológico, que permite o desenvolvimento progressivo do texto. V. ainda ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Direito Internacional...*, p. 143 e CONSTANCE GREWE, “Le juge constitutionnel...”, p. 204. V. sobre este aspeto, com mais detalhe, Parte III, Capítulo I.

<sup>162</sup> FAUSTO DE QUADROS, *A Proteção da Propriedade Privada...*, p. 550.

<sup>163</sup> HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ, “Constitución y Derecho Internacional...”, p. 22. Testemunha da abertura do próprio direito internacional dos direitos humanos a futuras evoluções é o n.º 2 do art. 5º do PIDCP, que reconhece que a lista de direitos garantidos no Pacto não é taxativa.

<sup>164</sup> Foi essa por vezes a posição do Tribunal Constitucional em relação à CEDH, considerando que a invocação desta não se justificava já que o catálogo de direitos fundamentais da CRP a consumia. V., em particular, o Ac. 75/99, de 03/02/1999.

<sup>165</sup> O catálogo de direitos fundamentais da CRP é mesmo tido para alguns autores como um dos mais aperfeiçoados do mundo. Assim, JORGE BACELAR GOUVEIA, “A Declaração Universal...”, p. 278.

<sup>166</sup> Trabalho já levado a cabo entre nós por ANTÓNIO VITORINO, “Proteção Constitucional...”, p. 129 e ss. e por JORGE MIRANDA, *Manual...* Tomo IV, p. 207.

<sup>167</sup> Assim, apesar de por vezes referir o pouco interesse em considerar a CEDH, o TC já tem entendido, algo paradoxalmente, ser de interesse o recurso à jurisprudência do TEDH para densificar normas constitucionais sobre direitos fundamentais. Veja-se, a título de exemplo, o Ac. n.º 121/97, de 19/02/1997. Julgamos não fazer sentido a adoção de diferentes perspetivas em relação ao texto consagrador de direitos fundamentais e ao respetivo órgão de garantia, como se se tratasse de dois elementos dissociáveis.

normas constitucionais e a importância de acompanhar os desenvolvimentos do direito internacional dos direitos humanos, são, pois, argumentos que, somados à multiplicidade de fontes de direito reguladoras dos direitos dos estrangeiros e da imigração, justificam a tomada em consideração das normas internacionais e europeias para aferir da consagração de direitos fundamentais de imigração na nossa ordem constitucional.

***b) As cláusulas constitucionais de abertura aos instrumentos de direito internacional de proteção dos direitos humanos***

Na nossa ordem constitucional, o próprio texto constitucional prevê cláusulas de abertura dos direitos fundamentais às influências do direito internacional dos direitos humanos e do direito da União Europeia. Como refere JORGE BACELAR GOUVEIA, «o legislador constitucional português reconheceu a necessidade de não enclausurar o sistema normativo de direitos fundamentais e, bem ao contrário, arejá-lo com os ventos das soluções concretas insertas em documentos pertencentes ao direito internacional dos Direitos do Homem»<sup>168</sup>.

A “amizade constitucional” ao direito internacional é desde logo consagrado no art. 7.º da CRP, que expressamente inclui, entre os princípios pelos quais Portugal se rege nas relações internacionais, o princípio do respeito dos direitos do homem e dos povos<sup>169</sup>. Depois, são várias as cláusulas constitucionais que rececionam os instrumentos internacionais na nossa ordem jurídica. Desde logo, o art. 8.º da CRP, através da qual muitos dos direitos humanos protegidos por instrumentos de direito internacional fazem parte integrante do direito português, seja por constituírem princípios de direito internacional geral, nos termos do art. 8.º, n.º1, seja por constarem de convenções internacionais regularmente ratificadas (art. 8.º, n.º2), cujas normas vigoram automaticamente na ordem interna sem perderem o seu carácter internacional, seja por se tratar de normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte, desde que tal se encontre estabelecido nos respetivos tratados constitutivos (art. 8.º, n.º3), seja ainda por constarem dos tratados que regem a União Europeia ou de normas emanadas das suas instituições (art. 8.º, n.º4)<sup>170</sup>.

O art. 8.º é complementado, neste contexto, pelo art. 16.º, que abre a via para a *constitucionalização* dos direitos humanos protegidos pelos instrumentos de direito internacional<sup>171</sup>.

---

<sup>168</sup> JORGE BACELAR GOUVEIA, “A Declaração Universal...”, p. 262.

<sup>169</sup> Sobre este ponto, v. ANA MARIA GUERRA MARTINS & MIGUEL PRATA ROQUE, *A Tutela Multinível dos Direitos Fundamentais...*, p. 13 e ss.

<sup>170</sup> Trata-se do chamado sistema de receção plena do direito internacional. Se o n.º1 consagra o sistema da receção automática do direito internacional geral ou comum, no que toca ao direito internacional convencional essa receção plena é condicionada pela ratificação ou aprovação das normas em causa, publicação das mesmas no jornal oficial e pela sua efetiva vigência na ordem internacional. Por seu turno, o n.º 3 consagra o sistema da receção automática. Sobre os sistemas de receção do direito internacional nas ordens internas, v., entre nós, JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional...* p. 142 e ss., JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Internacional...*, p. 401 e ss.

<sup>171</sup> Essas cláusulas são, para o que aqui nos importa, mais abrangentes que o art. 8.º, já que, através dela, as normas consagradoras de direitos humanos incorporarão a própria Constituição, tendo por isso, valor constitucional independentemente da fonte dos direitos fundamentais em causa. Também nesse sentido, JÓNATAS MACHADO, *Direito Internacional...*, p. 119.

O n.º 1 consagra uma cláusula de abertura do catálogo de direitos fundamentais a outros direitos não formalmente previstos, que demonstra que, apesar de o catálogo de direitos fundamentais da CRP ser extremamente rico, complexo e inovador, o legislador constituinte não se conformou com a sua autossuficiência<sup>172</sup>. Através deste preceito, a CRP acolhe alguns dos direitos humanos plasmados em instrumentos de direito internacional, estipulando que o apelo aos pactos e convenções internacionais e às regras de direito internacional pode servir para revelar direitos fundamentais ausentes do catálogo constitucional. E isso pode suceder no que respeita aos direitos humanos já existentes, mas também no que respeita aos que futuramente se forem desenvolvendo, independentemente da sua natureza e fonte normativa<sup>173</sup>.

O mecanismo de abertura em causa pode ser relevante a vários níveis: pode revestir uma função de integração, permitindo o reconhecimento constitucional de direitos fundamentais novos, ou ainda de aperfeiçoamento, permitindo refinar os contornos dos direitos já expressamente reconhecidos e descortinar a existência de novas faculdades até então desconsideradas<sup>174</sup>.

O n.º 2 do art. 16.º estipula, por seu turno, que os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>175</sup>.

No nosso entender, esta disposição consagra uma «obrigação constitucional de recurso à DUDH»<sup>176</sup>. Isso significa que o intérprete dos direitos fundamentais deve recorrer à mesma independentemente do surgimento de dúvidas interpretativas<sup>177</sup>. E assim é porque a DUDH fixa à CRP um grau mínimo de reconhecimento dos direitos humanos, que se deverá ter sempre em consideração na hora de determinar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais previstos na CRP. Por outro lado, e nas palavras de JORGE MIRANDA, o art. 16.º, n.º2 possui uma função que extravasa a clarificação e alargamento do catálogo de direitos ou mesmo reforço da sua tutela: a referência à DUDH visaria ainda «abrir para horizontes de universalismo»<sup>178</sup>. Esta perspetiva tem importantes implicações no que toca ao reconhecimento de direitos constitucionais aos estrangeiros<sup>179</sup>. Nesse seguimento, refere-se

---

<sup>172</sup> PAULO CANELAS DE CASTRO, “Portugal’s World Outlook...”, p. 521. Esta cláusula consagra a abertura do catálogo de direitos fundamentais a outros direitos não expressamente previstos, aqueles a que a doutrina apelida de “direitos fundamentais em sentido material”, “extraconstitucionais”, “sem assento constitucional”, ou ainda “atípicos”. Sobre as várias terminologias adotadas neste contexto, v. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Os Direitos Fundamentais Atípicos*, p. 41.

<sup>173</sup> Assim, PAULO OTERO, “Direitos Históricos...”, p. 1072.

<sup>174</sup> PAULO CANELAS DE CASTRO, “Portugal’s World Outlook...”, p. 521, JORGE BACELAR GOUVEIA, “A Afirmção dos Direitos Fundamentais...”, p. 64, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 85.

<sup>175</sup> Sobre esta cláusula v., *inter alia*, JORGE MIRANDA, “A Declaração Universal dos Direitos do Homem...”, p. 60, PAULO OTERO, “Declaração Universal dos Direitos do Homem...”, p. 606, OLIVEIRA ASCENSÃO, “Direito de Autor e Direitos Fundamentais...”, p. 189, JORGE BACELAR GOUVEIA, “A Declaração Universal...”, p. 274, ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Direito Internacional...*, p. 111, J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, p. 367, JORGE MIRANDA, Art. 16.º, *in* JORGE MIRANDA & RUI MEDEIROS, *Constituição...*, 2.ª Edição, Tomo I, p. 297. Sobre os trabalhos preparatórios conducentes ao art. 16, n.1, v. HENRIQUE MOTA, “Le Principe...”, p. 186.

<sup>176</sup> Assim, também ANTÓNIO VITORINO, “Proteção Constitucional...”, p. 161.

<sup>177</sup> Já em sentido contrário, JORGE BACELAR GOUVEIA, “A Declaração Universal...”, p. 268.

<sup>178</sup> JORGE MIRANDA, *Manual...* Tomo IV, p. 183.

<sup>179</sup> JORGE MIRANDA, “A Declaração Universal dos Direitos do Homem...”, p. 59.

na *Constituição Anotada* de JORGE MIRANDA & RUI MEDEIROS: «se os preceitos sobre direitos fundamentais dos portugueses têm de ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal (...) por princípio devem poder valer para todas as pessoas, seja qual for a sua cidadania»<sup>180</sup>. Essa mesma foi a posição adotada pelo Tribunal Constitucional<sup>181</sup>.

São já vários os autores que defendem que o n.º 2 do art. 16.º se poderia interpretar extensivamente, no sentido de incluir no parâmetro hermenêutico da CRP não só a DUDH, mas também outras normas de proteção internacional dos direitos humanos (tenham eles uma fonte convencional ou consuetudinária)<sup>182</sup>. Assim, MARIA LUÍSA DUARTE considera que deriva da interpretação conjugada dos arts. 8.º, n.º 1, 16, n.º 1 e n.º 2 um «princípio geral de harmonização do regime constitucional com o direito internacional em matéria de direitos fundamentais»<sup>183</sup>. Ora, também nós adotamos esta perspetiva. Quer através do art. 16.º, n.º 1, quer através do art. 16.º, n.º 2, a CRP consagra a necessidade de se ter em conta as evoluções do direito internacional dos direitos humanos na hora de densificar os preceitos de direitos fundamentais. Assim, a leitura combinada dos dois números permite estender as normas de referência utilizadas no processo de interpretação dos direitos fundamentais a outros instrumentos normativos para lá da DUDH<sup>184</sup>.

Podemos dizer, assim, que deriva da nossa Constituição um princípio de interpretação dos direitos fundamentais à luz dos instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos<sup>185</sup>.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional tem, também, de forma crescente, apontado para esse entendimento<sup>186</sup>. De facto, o TC tem recorrido não apenas à DUDH mas também, a título de elementos coadjuvantes da interpretação dos direitos fundamentais, a outros instrumentos de proteção dos direitos humanos, como o PIDCP<sup>187</sup> e a CEDH, a qual ocupa

---

<sup>180</sup> JORGE MIRANDA & ANTÓNIO CORTÊS, “Art. 1.º”, in *Constituição...*, p. 85.

<sup>181</sup> Ac. n.º 340/95, de 22/06/1995. Sobre a evolução do recurso ao direito internacional por parte da jurisprudência do TC, v. ANA MARIA GUERRA MARTINS & MIGUEL PRATA ROQUE, *A Tutela Multinível dos Direitos Fundamentais...*, p. 45 e ss.

<sup>182</sup> PAULO CANELAS DE CASTRO, “Portugal’s World Outlook...”, p. 522 e ANDREIA SOFIA PINTO OLIVEIRA, *O Direito de Asilo...*, p. 166. Por seu turno, também RUI MOURA RAMOS acaba por admitir implicitamente que esta norma consagra a abertura constitucional ao *direito internacional dos direitos humanos*. Cf. RUI MOURA RAMOS, “O Tribunal Constitucional Português...”, p. 811.

<sup>183</sup> MARIA LUÍSA DUARTE, *União Europeia e Direitos Fundamentais...*, p. 284.

<sup>184</sup> No mesmo sentido, DAVID SZYMCAK, *La Convention Européenne...*, p. 159.

<sup>185</sup> FAUSTO DE QUADROS, *A Proteção da Propriedade Privada...*, p. 525 ss., ANDREIA SOFIA PINTO OLIVEIRA, *O Direito de Asilo...*, p. 164. PAULO OTERO fala mesmo de um «princípio de aplicação da Constituição em conformidade com o Direito Internacional dos Direitos do Homem». O autor, porém, vai mais longe, defendendo que esse princípio implica uma subordinação hierárquico-normativa da Constituição às normas internacionais de Direitos do Homem. Cf. “Fragmentação da Constituição...”, p. 47.

<sup>186</sup> Para uma análise detalhada dessa jurisprudência, que remonta ao tempo da Comissão Constitucional, v. ANTÓNIO VITORINO, “Proteção Constitucional...”, p. 150 e ss., ANTÓNIO DE ARAÚJO, JOAQUIM PEDRO CARDOSO DA COSTA e MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, “As Relações entre os Tribunais Constitucionais...”, p. 955 e ss., RUI MOURA RAMOS, “O Tribunal Constitucional Português...”, p. 813, DAVID SZYMCAK, *La Convention Européenne...*, p. 162 e ss.

<sup>187</sup> Exemplo disso são os arestos relativos ao princípio da existência de um duplo grau de jurisdição em matéria de facto em processo criminal. Apesar de essa garantia não se encontrar expressamente prevista na CRP, o TC considerou que ela teria de passar a ser deduzível do art. 32.º, n.º 1, já que o PIDCP reconhecia o direito ao recurso no art. 14.º, n.º 5. Cf. entre outros, o Ac. 401/91, de 30/10/1991, e jurisprudência aí referida.

um lugar predominante<sup>188</sup>. Assim, o TC referiu já que a CEDH, embora «não integre o direito constitucional português nos mesmos termos que a Declaração Universal dos Direitos do Homem (...) foi também fonte histórica dos preceitos sobre direitos fundamentais da Constituição e exprime, bem como a interpretação evolutiva que dela faz parte a jurisprudência dos tribunais da Convenção, normas e princípios de direito geral ou comum que fazem parte integrante do direito português e estão logicamente a montante da legislação ordinária que desenvolve e concretiza direitos fundamentais»<sup>189</sup>.

A necessidade de interpretação dos direitos fundamentais à luz dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos engloba não apenas as convenções internacionais de proteção dos direitos humanos, mas ainda o direito da UE, originário ou derivado<sup>190</sup>. Com a afirmação da CDFUE e posterior atribuição de carácter vinculativo à mesma, passou a ser incontornável a tomada em consideração deste instrumento. Nesse sentido, referem ilustrativamente J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA que «a interacção das cartas de direitos nacionais em rede com a “constituição de direitos europeia”, formal e materialmente entendida, passará assim a ser uma dimensão incontornável da interpretação – concretização dos direitos fundamentais na ordem jurídico-constitucional portuguesa»<sup>191</sup>.

Por outro lado, importa sublinhar que todos esses instrumentos devem ser interpretados de acordo com os desenvolvimentos que os respetivos órgãos de garantia lhes impulsionam<sup>192</sup>. Nesse sentido, também o Tribunal Constitucional invocou já «a clara vontade histórica do legislador constituinte de acompanhar o passo da jurisprudência europeia no desenvolvimento dos direitos fundamentais»<sup>193</sup>. Tanto assim que o TC tem vindo a ser referido como exemplo de influência do juiz constitucional pelo juiz europeu<sup>194</sup>.

---

<sup>188</sup> JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DA COSTA, *A Jurisdição Constitucional...*, p. 36 e JORGE MIRANDA, *Manual...* Tomo IV, p. 186.

<sup>189</sup> Ac. n.º 533/99, de 12/10/1999.

<sup>190</sup> RUI MOURA RAMOS, “O Tribunal Constitucional Português...”, p. 824. O autor refere que o direito da UE, com ressalva do respeito pelos princípios fundamentais do Estado de Direito democrático, ocupa um lugar supraconstitucional ou, pelo menos, integra o bloco da constitucionalidade, o que «abre a possibilidade de os preceitos que integram aquela ordem jurídica poderem por isso ser também vistos como parâmetros do juízo de constitucionalidade que ao Tribunal Constitucional entre nós cabe emitir». Sobre este ponto v., ainda, CRISTINA M.M. QUEIROZ, “As Relações entre o Direito da União...”, p. 189 e ss.

<sup>191</sup> J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, p. 324. V. ainda RUI MEDEIROS, “A Carta dos Direitos Fundamentais...”, p. 243, ANABELA COSTA LEÃO, “A Carta dos Direitos Fundamentais...”, p. 67.

<sup>192</sup> Sobre a interpretação dos direitos constitucionais à luz da jurisprudência do TEDH, v. ANTÓNIO DE ARAÚJO, JOAQUIM PEDRO CARDOSO DA COSTA E MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, “As Relações entre os Tribunais Constitucionais...”, p. 955, JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DA COSTA, *A Jurisdição Constitucional...*, p. 36.

<sup>193</sup> Ac. n.º 345/99, de 15/06. Para além das referências à jurisprudência do TEDH, o TC tem também vindo progressivamente a referir-se à jurisprudência do TJ da União Europeia. No contexto da presente dissertação reveste especial interesse o Ac. n.º 345/02, de 11/07/2002, em que o TC se socorreu dessa jurisprudência para densificar as exceções ao princípio da equiparação de direitos entre cidadãos nacionais e estrangeiros, em relação ao exercício de funções públicas com carácter predominantemente técnico.

<sup>194</sup> Nesse sentido, o estudo de CONSTANCE GREWE. Cf. “Le juge constitutionnel...”, p. 199. Já DAVID SZYMCAK considera o uso da CEDH feito pelo TC bastante modesto, em comparação com o Tribunal Constitucional Espanhol. Cf. *La Convention Européenne...*, p. 159.

#### **2.2.4. Síntese conclusiva e indicação de sequência**

Esclarecidas e fundamentadas as razões que nos levam a optar por uma conceção de abertura da Constituição aos demais instrumentos internacionais e europeus de proteção dos direitos humanos, cabe sintetizar qual a metodologia adotada.

O percurso destinado a analisar a proteção de direitos fundamentais de imigração, partirá de várias etapas analíticas. No que toca a cada uma delas, trataremos de saber quais as respostas dadas pelas várias fontes de direito enunciadas: os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos e os instrumentos normativos da UE pertinentes, bem como as normas constitucionais. Para interpretação destas últimas, teremos em conta o “princípio de abertura” face ao direito internacional e europeu atrás explanado, bem como o princípio do nível de proteção mais elevado. Socorrer-nos-emos também, quando se afigure necessário, da contribuição da jurisprudência constitucional estrangeira. Nas várias etapas do percurso analítico teremos ainda em consideração as soluções legais atualmente em vigor.

Será, pois, esta metodologia a guiar-nos na tarefa de conciliação das várias fontes de direito pertinentes para o tema em análise e que nos lançará pistas para, a final, podermos ensaiar de que forma se podem reconhecer direitos fundamentais de imigração. A doutrina portuguesa e estrangeira será permanentemente tida em conta.

Para além do mais, face à multidisciplinaridade do tema em análise, teremos de recorrer também, por vezes, a elementos de história do direito, de sociologia ou mesmo de ciência política. Esses elementos serão principalmente trabalhados na Parte I, que se destinará a analisar da origem e fundamentos da doutrina tradicional, assente na negação do reconhecimento de um direito à imigração.





## **PARTE I**

### **DOCTRINA TRADICIONAL: NEGAÇÃO DE UM DIREITO À IMIGRAÇÃO**

Tradicionalmente, tem-se negado o reconhecimento de um direito a imigrar, afirmando-se, pelo contrário, que os Estados detêm uma prerrogativa soberana no que toca a aceitar a entrada de estrangeiros no território e a expulsar os mesmos. Essa prerrogativa soberana desdobra-se, pois, em dois poderes: o chamado *ius includendi* (poder decidir da entrada de estrangeiros no território) e o *ius excludendi* (poder de pôr fim à permanência de estrangeiros no território). Assim, referir-nos-emos ao princípio do *ius includendi et excludendi* para qualificar a prerrogativa soberana dos Estados de controlo da imigração<sup>195</sup>. Como contrapartida da afirmação da mencionada prerrogativa, nega-se a existência de qualquer direito *à imigração*, ou mesmo *de imigração*. É esta a doutrina que apelidamos de “doutrina tradicional”, e que analisaremos na Parte I.

Na presente Parte pretende-se estudar a evolução histórica da doutrina tradicional, procurando saber de que forma os poderes soberanos de controlo de imigração foram sendo afirmados, bem como, concomitantemente, de que forma os estrangeiros foram encarados pelas comunidades ao longo da História. Para este efeito, entendemos dividir a nossa pesquisa por épocas, de acordo com os saltos evolutivos a que se assistiu. O capítulo I será destinado a analisar essa evolução até ao surgimento e afirmação generalizada do *ius includendi et excludendi*. O capítulo II olhará para as evoluções que essa doutrina sofreu a partir do século XX, que foi o século da generalização dos controlos migratórios e do surgimento das políticas migratórias, mas também da política europeia comum de imigração. No capítulo III, veremos de que forma a doutrina tradicional foi consagrada no direito positivo. Por fim, no capítulo IV veremos quais as posições doutrinárias correntemente em vigor no que toca a esta doutrina.

Nesta Parte, como pretendemos estudar a evolução, bem como fundamentos da doutrina tradicional, recorreremos, como elementos auxiliares do nosso estudo, a elementos de história do direito, bem como a alguns elementos de filosofia política.

---

<sup>195</sup> A expressão «*ius includendi et excludendi*» foi generalizada sobretudo por HANS LINDAHL, no estudo “*Ius includendi et excludendi: Europe and Borders of Freedom, Security and Justice*”.

## CAPÍTULO I

### A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRATAMENTO DO ESTRANGEIRO E O SURGIMENTO DA DOCTRINA TRADICIONAL

Para investigar como surgiu a doutrina tradicional, importa começar por analisar de que forma as comunidades políticas têm reconhecido direitos àqueles que não lhes pertencem, *i.e.*, aos estrangeiros. Como refere DAVID WEISSBRODT, a distinção em relação a estrangeiros foi prévia ao surgimento de um sistema formal de atribuição de cidadania<sup>196</sup>. Tem interesse recuar a essas épocas, e analisar de que forma os estrangeiros eram tratados pelos poderes instalados.

Por fim, em cada época, foram surgindo autores que se debruçaram sobre o direito de os estrangeiros circularem pelas várias comunidades e, mais tarde, sobre os poderes dos soberanos ou suseranos de incluir ou excluir os mesmos. É sobre esta evolução histórica que nos debruçaremos de seguida.

#### 1. O TRATAMENTO DO ESTRANGEIRO NA ANTIGUIDADE

Na Grécia Antiga *estrangeiro* era aquele que pertencia a uma cidade diversa. Originariamente, fazia-se uma contraposição rigorosa entre gregos, por um lado, e bárbaros, por outro<sup>197</sup>. Alguns autores referem que em Atenas os estrangeiros eram considerados como sendo, *a priori*, “inimigos” e, por isso, ou eram feitos escravos ou eram expulsos. Outras cidades, pelo contrário, permitiam a estadia de estrangeiros no território e reconheciam-lhes alguns direitos<sup>198</sup>. De facto, em algumas delas, o estrangeiro tinha um tratamento diferente conforme a duração da sua estadia<sup>199</sup>.

No entanto, de uma forma geral, em nenhuma cidade grega se exercia, em tempo de paz, a exclusão absoluta dos estrangeiros, que era apenas reservada aos inimigos. Já em Esparta,

---

<sup>196</sup> *The Human Rights of Non Citizens...*, p. 18.

<sup>197</sup> Assim, BRUNO NASCIBENE, *Il Trattamento dello Straniero...*, p. 38. Refere ANTÓNIO DA ROSA GAMA LOBO, que os gregos infligiam por desprezo “o nome ignominioso de *bárbaros*”. Cf. *Princípios de Direito Internacional...*, p. 121.

<sup>198</sup> GERASSIMOS FOURLANOS, *Sovereignty and the Ingress...*, p. 11.

<sup>199</sup> Existiam várias classes de estrangeiros, entre as quais o *isoteles*, a quem haviam sido concedidos alguns direitos civis por força de tratados (sendo, por isso, uma classe privilegiada de estrangeiros), o *metoikos*, (etimologicamente “aquele que vive com”), a quem haviam sido garantidos o direito de viver na cidade e determinados direitos económicos e profissionais, mas com várias exceções – não podiam possuir imóveis, não podiam contrair casamento misto e estavam sujeitos a uma jurisdição própria e a penas diferentes das aplicadas aos cidadãos. Tinham ainda de pagar uma taxa especial para poderem residir na cidade. Existia depois o estrangeiro não residente, que vivia na cidade de forma temporária ou sem autorização, sendo a sua presença precária simplesmente tolerada (*xenos*), e que, passado um determinado período de tempo, poderiam aceder à categoria de *metoikos*. Finalmente, o bárbaro, que vivia inteiramente à parte da civilização grega, e a quem eram negados todos os direitos, não possuindo qualquer tipo de proteção. Com o desenvolvimento das transações comerciais, a situação dos bárbaros evoluiu, tendo sido possível inclusivamente a obtenção de naturalização. Para mais desenvolvimentos, v. CARMEN TIBURCIO, *The Human Rights...*, p. 27.

tida como uma sociedade fechada, a expulsão de estrangeiros «índesejáveis» era usada de forma sistemática<sup>200</sup>.

ARISTÓTELES acreditava na ideia de hierarquia entre classes sociais e defendia que os não cidadãos deviam ocupar os lugares mais baixos<sup>201</sup>. Na sua *Política*, parte do princípio de que o Estado é composto por um corpo de cidadãos, aqueles que permanentemente partilham a administração da Justiça, e do qual os estrangeiros estavam excluídos. PLATÃO, por sua vez, menciona nas suas *Leis* que ao estrangeiro deveria ser dado um tratamento de hospitalidade, não se incluindo, porém, o reconhecimento dos direitos reservados aos cidadãos<sup>202</sup>. De facto, a hospitalidade dos tempos antigos não era suficiente para conceder *direitos* aos estrangeiros, sendo como que uma “hospitalidade primitiva” – caracterizada por uma natureza dúbia, e insuficiente para remover a condição precária do estrangeiro<sup>203</sup>.

Com a necessidade de comunicação e de desenvolvimento das trocas entre os povos, os estrangeiros começaram a receber gradualmente algum tipo de proteção nas cidades-estado gregas<sup>204</sup>. Esse tipo de proteção era levado a cabo através de duas formas: por um lado, as cidades-estado garantiam unilateralmente vários direitos aos comerciantes e artesãos estrangeiros. Por outro lado, começou-se a desenvolver a prática de celebração de *isopolities*, ou tratados entre cidades-estado destinados a garantir direitos e privilégios aos cidadãos de cada uma<sup>205</sup>.

Num sentido semelhante, em Roma os cidadãos eram todos os que pertenciam à *gens*. Apenas através da pertença a uma comunidade política se podia reconhecer capacidade jurídica a um indivíduo<sup>206</sup>. O estrangeiro era aquele que não fazia parte desta comunidade política e ao qual não eram, por isso, reconhecidos direitos políticos e civis. Inicialmente, em Roma o estrangeiro era o *hostis*<sup>207</sup>, que não tinha qualquer vínculo com Roma e ao qual não eram reconhecidos quaisquer direitos<sup>208</sup>. Com o desenvolvimento do comércio, por tratado ou mera hospitalidade, começaram-se a reconhecer determinados direitos aos estrangeiros, através do instituto do *hospitium* ou da *amicitia*<sup>209</sup>. Assim, também em Roma se começaram a distinguir várias categorias dentro do universo dos estrangeiros - os *hostes* e bárbaros (povos estranhos ao Império), e os *peregrini*, que em geral eram os habitantes dos povos conquistados

---

<sup>200</sup> ANNE LISE DUCROQUETZ, *L'Expulsion des Étrangers...*, p. 9.

<sup>201</sup> DAVID WEISSBRODT, *The Human Rights of Non Citizens...*, p. 19.

<sup>202</sup> Sobre a condição dos estrangeiros nas *Leis* de Platão, v. SPYRIDON VRELLIS, “La Condition des étrangers...” p. 649 e ss.

<sup>203</sup> DAVID WEISSBRODT, *The Human Rights of Non Citizens...*, p. 20.

<sup>204</sup> GERASSIMOS FOURLANOS, *Sovereignty and the Ingress...*, p. 12.

<sup>205</sup> RAINER ARNOLD, “Aliens”, p. 102.

<sup>206</sup> BRUNO NASCIMBENE, *Il Trattamento dello Straniero...*, p. 39.

<sup>207</sup> Na Lei das Doze Tábuas, a palavra *hostis* era usada para se referir quer estrangeiros quer os inimigos. Cf. DIANA ELLES, *International Provisions...*, p. 2.

<sup>208</sup> Estes eram, nas palavras de BORCHARD, “outlaws”. Cf. *The Diplomatic Protection...*, p. 3.

<sup>209</sup> EDWIN M. BORCHARD, *The Diplomatic Protection...*, p. 33 e BRUNO NASCIMBENE, *Il Trattamento dello Straniero...*, p. 40. RAINER ARNOLD refere que ao estrangeiro, enquanto convidado (*guest*), podia-lhe ser concedida capacidade jurídica, e um conjunto de direitos especiais, como a assistência judicial. A hospitalidade poderia ser até encarada como um dever sagrado. Cf. “Aliens”, p. 102.

e incorporados na soberania de Roma e que, por seu turno, se subdividiam também em inúmeras categorias<sup>210</sup>.

Designava-se por *incola* o estrangeiro que se estabelecia o seu domicílio no território de uma comunidade romana distinta da de origem. O *ius incolatus* era a relação que derivava entre o mesmo e a cidade de acolhimento<sup>211</sup>. Em regra, as pessoas eram livres de escolher e estabelecer o seu domicílio sem necessidade de qualquer autorização pública, embora a doutrina defenda que não se pode afirmar com certeza o reconhecimento de um verdadeiro *ius migrandi*, por falta de referência expressa nas fontes<sup>212</sup>.

Desenvolveu-se concomitantemente um complexo de normas especiais - o *ius gentium* -, que consistia na parte do direito interno romano que regulava relações entre cidadãos romanos e estrangeiros, ou apenas entre estes últimos, por oposição ao *ius civile*, que apenas regulava relações entre sujeitos que gozavam da cidadania romana. O *ius gentium* sofreu um grande desenvolvimento, fruto da necessidade de o ajustar às necessidades comuns dos vários povos que o comércio ia pondo crescentemente em contacto com Roma. Esse desenvolvimento desembocou no entendimento do *ius gentium* como direito romano comum, como direito universal, no sentido de que se destinava a satisfazer as necessidades comuns a todos os homens.

O Decreto de Caracala de 212 a.c. concedeu o direito de cidadania à maior parte dos habitantes do império romano<sup>213</sup>. Com esta assimilação eliminou-se a distinção entre *cives* e *peregrini*, mas não a noção estrita de estrangeiro, que passou a englobar apenas aqueles que habitavam fora do império – os bárbaros<sup>214</sup>.

## 2. O TRATAMENTO DO ESTRANGEIRO NA IDADE MÉDIA

Na Idade Média disseminou-se o pensamento cristão, fundado na ideia de dignidade da pessoa humana, e que de certa forma contribuiu para o desaparecimento da tradicional contraposição entre estrangeiro e nacional, substituindo-a pela ideia de unidade da humanidade<sup>215</sup>.

---

<sup>210</sup> Entre essas categorias, cabe mencionar em especial a dos *captivus*, pertencentes a comunidades que não se renderam e que foram conquistadas à força, os *peregrinus alicuius civitatis*, pertencentes a comunidades voluntariamente submetidas por tratado e os *peregrinus dediticius*, pertencentes às comunidades que se haviam rendido a Roma. Cf. BRUNO NASCIBENE, *Il Trattamento dello Straniero...*, p. 40. Entre nós, no que toca aos habitantes do Império, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA refere as categorias de cidadãos, latinos e peregrinos. Também a sua condição variava consoante os direitos que aos mesmos eram reconhecidos. Os habitantes da península adquiriram o estatuto de “latinos coloniais”, com a faculdade de adquirir a cidadania romana. Cf. *História do Direito...*, p. 104 e ss. Para mais desenvolvimentos, v. ainda MARNOCO E SOUZA, *História...*, p. 276 e ss. e ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *Direito Privado...*, p. 113 e ss.

<sup>211</sup> GIANLUCA BRAGA, “Il «diritto clandestino»...”, p. 24.

<sup>212</sup> *Idem*, p. 25.

<sup>213</sup> MARNOCO E SOUZA, *História...*, p. 280 e ss. Porém, o objetivo desta lei não era propriamente humanitário, tendo na sua base o propósito de aumentar o montante de impostos pagos pelos cidadãos. Cf. CARMEN TIBURCIO, *The Human Rights...*, p. 28.

<sup>214</sup> MARNOCO E SOUZA, *História...*, p. 288 e ss. e ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *Direito Privado...*, p. 113.

<sup>215</sup> ANDREAS HANS ROTH, *Minimum Standard...*, p. 26.

No entanto, na época feudal, as pessoas que não pertenciam a um domínio senhorial tinham uma condição bastante precária<sup>216</sup>. De facto, o vínculo pessoal entre senhor e servo veio prevalecer sobre o *status civitatis*. Quando um indivíduo deixava o domínio de um senhor feudal para entrar noutro, tornava-se automaticamente estrangeiro neste último<sup>217</sup>. A tutela dos direitos dos estrangeiros era sobretudo levada a cabo através do mecanismo das represálias<sup>218</sup>.

A capacidade de gozo dos direitos dos estrangeiros variava em função do suserano. No entanto, prevaleciam grandes restrições ao direito de propriedade dos estrangeiros. Encontrava-se generalizado o *direito de albinagio*, de acordo com o qual o estrangeiro não tinha o direito de transmitir a sua propriedade por morte, sendo esta confiscada pelo senhor territorial<sup>219</sup>. Os estrangeiros necessitavam ainda de pagar um tributo para exercer comércio e podiam ser presos, antes de serem julgados, para pagamento de dívidas<sup>220</sup>.

A livre circulação de estrangeiros dependia da vontade do senhor feudal<sup>221</sup>. Após o ano mil, graças ao reforço do tráfego comercial, passou a existir uma maior abertura face aos estrangeiros viajantes, que se deslocavam por motivos comerciais, ou de estudos, face à emergente atividade das universidades.

### 3. O SURGIMENTO DO *IUS COMMUNICATIONIS*

Com o desenvolvimento do comércio, as comunidades abriram-se para o exterior, potenciando a circulação de pessoas e uma aproximação social e jurídica entre naturais e estrangeiros. Encarava-se a chegada de estrangeiros às comunidades como particularmente vantajosa, já que vinham desenvolver o comércio, artes e ofícios e a vida nas universidades<sup>222</sup>. A *Magna Charta* de 1215 reconhecia ampla liberdade aos mercadores para ingressar no Reino, e reconhecia a liberdade de emigração.

Mesmo assim, alguns autores referem que, na época das comunas, não se podia afirmar a existência de um tratamento igual entre estrangeiros e membros da comuna, embora se estabelecessem privilégios e proteções especiais para determinadas categorias de estrangeiros<sup>223</sup>. Se de uma forma geral aos estrangeiros domiciliados se reconheciam direitos próprios do *ius incolatus*, muito graças aos trabalhos dos glosadores, os estrangeiros de passagem eram vistos como pessoas algo *suspeitas*<sup>224</sup>. Assim, a eleição de um domicílio no

---

<sup>216</sup> DAVID WEISSBRODT, *The Human Rights of Non Citizens...*, p. 22.

<sup>217</sup> CARMEN TIBURCIO, *The Human Rights...*, p.29.

<sup>218</sup> Sobre este ponto, v. DAVID WEISSBRODT, *The Human Rights of Non Citizens...*, p. 22.

<sup>219</sup> Este foi mais tarde temperado através da introdução do chamado *droit de détraction*, de acordo com o qual a propriedade transmitida a um estrangeiro estava sujeita ao pagamento de um imposto, que podia ir de 5% a 50% do seu valor. Portugal concluiu vários tratados tendentes a terminar com essa figura. Cf. ANTÓNIO DA ROSA GAMA LOBO, *Princípios de Direito Internacional...*, p. 120 e ss. Para outras limitações aos direitos dos estrangeiros no período feudal, v. ainda EDWIN M. BORCHARD, *The Diplomatic Protection...*, p. 34, CARMEN TIBURCIO, *The Human Rights...*, p. 30 e ANDREAS HANS ROTH, *Minimum Standard...*, p. 27.

<sup>220</sup> RUI DE ALBUQUERQUE & MARTIM DE ALBUQUERQUE, *História do Direito Português...*, p. 126.

<sup>221</sup> GIANLUCA BRAGA, “Il «diritto clandestino»...”, p. 26.

<sup>222</sup> *Idem*, p. 27.

<sup>223</sup> BRUNO NASCIMBENE, *Il Trattamento dello Straniero...*, p. 44.

<sup>224</sup> GIANLUCA BRAGA, “Il «diritto clandestino»...”, p. 27.

interior da comuna era favorável ao estrangeiro, já que o mesmo ficava, de certa forma, assimilado ao cidadão, à exceção do reconhecimento de direitos na esfera pública.

Em Portugal, os estrangeiros eram generalizadamente assimilados aos nacionais, à exceção de algumas limitações respeitantes ao exercício do comércio<sup>225</sup>. A doutrina afirma, aliás, que os estrangeiros foram, de uma forma geral, sempre tratados de forma «liberal» em Portugal<sup>226</sup>. Tal tratamento deve-se, em parte, à parca aplicação, no nosso território, de alguns regimes desfavoráveis para os estrangeiros, como o direito de albinágio e, por outro lado, devido aos diversos privilégios concedidos aos mesmos, muitos deles por tratados<sup>227</sup>. Esse regime favorável remonta ao tempo de D. Afonso Henriques, em que as populações mouras conquistadas e que se submetessem eram tratadas com alguma benevolência, conservando a sua liberdade e ficando sob a proteção do rei<sup>228</sup>. A mesma tolerância foi, de resto, manifestada em relação aos judeus, não obstante terem algumas limitações à capacidade de direitos e terem de pagar um tributo específico<sup>229</sup>. O regime da tolerância para estas duas categorias de «estrangeiros» durou até ao Reinado de D. Manuel, que, em 1496, os expulsou do reino<sup>230</sup>. Entretanto, em relação a outros estrangeiros manifestavam-se outros tratamentos favoráveis. D. Afonso IV emanou, em 1338 uma carta aos florentinos, concedendo-lhes a possibilidade de dirimirem os seus litígios através de um cônsul. D. Fernando estendeu esse privilégio a todos os estrangeiros<sup>231</sup>. Por seu turno, as Ordenações Filipinas concediam a vários estrangeiros o direito a juiz privativo nas causas comerciais<sup>232</sup>.

#### 4. O DESENVOLVIMENTO DO *IUS COMMUNICATIONIS* COM AS DESCOBERTAS

A partir do séc. XVI começaram a surgir várias teorias sobre o *ius communicationis*, por parte dos escritores europeus desejosos de apoiar a emigração de parte da população para o Novo Mundo<sup>233</sup>. Essas teorias - o *ius societatis et communicationis* - afirmavam a necessidade de comércio e de comunicação entre os povos, e convocavam a ideia de liberdade de movimentos em geral. Afirmava-se que os Estados tinham um dever geral de admitir estrangeiros e de tolerar a presença dos mesmos nos seus territórios. Nesta sequência, vários escritores defendiam que, do direito de cada Estado encetar relações comerciais com outros Estados, membros da comunidade internacional, derivava o direito de os indivíduos serem admitidos num país estrangeiro<sup>234</sup>. Autores que defendiam o comércio livre, advogavam

---

<sup>225</sup> RUI DE ALBUQUERQUE & MARTIM DE ALBUQUERQUE, *História do Direito Português...*, p. 124. V. ainda, sobre o contexto histórico neste período. HENRIQUE DA GAMA BARROS, *História da Administração Pública em Portugal...*

<sup>226</sup> MARNOCO E SOUZA, *História...*, p. 297.

<sup>227</sup> *Idem...*, p. 293.

<sup>228</sup> RUI DE ALBUQUERQUE & MARTIM DE ALBUQUERQUE, *História do Direito Português...*, p. 124.

<sup>229</sup> MARNOCO E SOUZA, *História...*, p. 260.

<sup>230</sup> *Idem...*, p. 273.

<sup>231</sup> RUI DE ALBUQUERQUE & MARTIM DE ALBUQUERQUE, *História do Direito Português...*, p. 114 e ss.

<sup>232</sup> MARNOCO E SOUZA, *História...*, p. 298.

<sup>233</sup> ANDREAS HANS ROTH, *Minimum Standard...*, p. 40.

<sup>234</sup> *Idem...*, p. 39.

como decorrência do mesmo a imigração irrestrita, que encontraria o seu fundamento na total liberdade de contratar<sup>235</sup>.

A obra de FRANCISCO DE VITÓRIA, *De Indis*, elaborada no contexto colonial em 1539, afirmava um direito de sociedade e comunicação<sup>236</sup>. O *ius communicationis ac societatis* postulava o direito de os povos entrarem em relação com os outros. O autor defendia que o princípio da livre circulação decorria do direito das gentes e da ideia de uma comunidade original do mundo. Desde o início do mundo, tinha sido estabelecida uma liberdade de viajar e de imigrar. Destes fundamentos derivava o *ius peregrinandi et degenti*, associado ao direito de trânsito e à liberdade dos mares, o *ius commercii*, que implicava uma espécie de mercado único mundial e o *ius occupationis* e *migrandi*, que consistia no direito de transferência de residência para terra estrangeira<sup>237</sup>. Neste contexto, a negação de entrada a estrangeiros podia inclusivamente ser interpretada como um ato de guerra.

Não obstante, o autor afirmava alguns limites a este princípio. A liberdade de comunicação não criava um direito de admissão *absoluto* para todos os estrangeiros, pois dela não podia decorrer injustiça ou qualquer outro prejuízo para o país de acolhimento. Por outro lado, o *ius communicationis* era afirmado de forma unilateral, como fundamento à emigração de conquista. Ele visava, enfim, fundamentar o direito dos espanhóis à ocupação do Novo Mundo, pelo que era dúbia a reciprocidade deste benefício no que toca à imigração para a Europa<sup>238</sup>.

Não obstante, após FRANCISCO DE VITÓRIA, generalizou-se o entendimento de que existia, baseado na sociedade natural, um direito geral de viagem e estadia em territórios estrangeiros.

HUGO GROTIUS foi um dos autores que reafirmou o direito de comunicação entre povos. Na sua obra sobre a liberdade dos mares, publicada primeiro anonimamente em 1608, defendia que a natureza havia dado a todos os povos o acesso a outros povos, e invocava um “direito de hospitalidade”<sup>239</sup>. Também esta doutrina não era, porém, totalmente desinteressada, visando defender a causa holandesa da navegação. Por outro lado, na obra *De Jure Belli ac Pacis*, de 1625, o autor defende que a comunidade de Homens teria determinados benefícios, como o direito de estadia temporária, de residência permanente para os refugiados expulsos dos seus territórios, bem como o direito de os estrangeiros não serem sujeitos a discriminação em função da nacionalidade, e o direito à vida, roupa e medicamentos. Neste seguimento, o autor defende o reconhecimento de um direito de passagem e estadia aos estrangeiros, e nega a possibilidade de expulsão sem justa causa, referindo que tal expulsão seria «característica dos bárbaros»<sup>240</sup>. Não obstante, GROTIUS reconhecia que uma das causas que podiam levar o soberano a entrar em guerra era a defesa

---

<sup>235</sup> MICHAEL WALZER, *As Esferas da Justiça...*, p. 51.

<sup>236</sup> FRANCISCO DE VITÓRIA, “De Indis – Relatio Prior...”. Sobre esta obra, v. ainda, ANDREAS HANS ROTH, *Minimum Standard...*, p. 27, GUY S. GOODWIN-GILL, *International Law...*, p. 94, JAMES A.R. NAFZIGER, “The General Admission...”, p. 811, GERASSIMOS FOURLANOS, *Sovereignty and the Ingress...*, p. 20 e ss. MARIA LUÍSA DUARTE, *A Liberdade de circulação...*, p. 30, e VINCENT CHÉTAIL, “Migration...”, p. 27.

<sup>237</sup> GIANLUCA BRAGA, “Il «diritto clandestino»...”, p. 28.

<sup>238</sup> GIANLUCA BRAGA refere mesmo que era «inimaginável» a ideia de imigração dos nativos americanos para a Europa. Cf. *idem*, p. 29.

<sup>239</sup> *The Freedom of the Seas...* p. 53 e ss.

<sup>240</sup> HUGO GROTIUS, *The Rights of War...* p. 25 e ss. (Capítulo II).



da propriedade ou da pessoa dos súbditos<sup>241</sup>. Para RICHARD PLENDER, isso significaria, *a fortiori*, que GROTIUS admitia o poder de expulsar para defesa desses bens<sup>242</sup>.

Outros pensadores dos sécs. XVI e XVII, influenciados pelas correntes jusnaturalistas, reconheciam os direitos individuais do estrangeiro, incluindo o direito de imigração, como sendo fruto da «ordem natural das coisas». FRANCISCO SUAREZ, por exemplo, lançou as bases para a ideia da igualdade entre estrangeiros e nacionais, referindo que os estrangeiros deviam ser sujeitos às mesmas leis que os residentes, admitindo-se apenas algumas exceções<sup>243</sup>. Por outro lado, falava ainda de «liberdade de movimento», que implicava o direito a sair do seu país e ingressar noutro<sup>244</sup>.

## 5. O TRATAMENTO DO ESTRANGEIRO APÓS O TRATADO DE VESTEFÁLIA

O Tratado de Vestefália de 1648 criou um novo equilíbrio de poderes na Europa, levando ao fim do sistema feudal, à ascensão do poder real, e à absolutização do Estado nacional. O Tratado previa a liberdade de *emigração*. Mas a generalização da ideia de identidade nacional levou a uma nova tomada de consciência da diferença entre nacionais e estrangeiros, potenciada pela organização política do espaço em Estados territoriais independentes e mutuamente exclusivos.

Os autores da época começaram, assim, a moderar o pensamento de GROTIUS e SUAREZ, com as primeiras referências ao *ius includendi et excludendi* dos Estados.

SAMUEL VON PUFENDORF foi um dos primeiros a separar o direito de saída do Estado do direito de entrada noutro Estado. Em *De Jure Naturae et Gentium*, de 1672, contestando o *ius communicationis* do direito natural, refere que cada Estado se deve reger pelo seu próprio interesse no que toca à admissão de estrangeiros<sup>245</sup>. O autor concebia a admissão dos estrangeiros como uma simples *graça* do soberano<sup>246</sup>. Não obstante, esta consideração era moderada pela defesa de que a receção honesta de estrangeiros era um «dever de humanidade». Assim, negava aos Estados o direito de expulsar estrangeiros que procurassem entrar no território por razões legítimas. Por outro lado, enumerava alguns motivos justos de admissão dos estrangeiros: os motivos comerciais e o dever de humanidade<sup>247</sup>. Assim, apesar de ter sido um dos primeiros autores a afirmar o *ius includendi et excludendi*, o autor acabou por sublinhar a existência de limitações a esses poderes, assentes nos referidos deveres de humanidade.

Foi CHRISTIAN WOLFF que veio provocar uma rutura maior com o pensamento de VITORIA e de GROTIUS. O professor alemão admitia e reconhecia o «direito de auto-exílio», *i.e.*, de abandono voluntário de qualquer território. Os indivíduos teriam também o direito de pedir admissão onde pretendessem. WOLFF mencionava ainda a possibilidade de

---

<sup>241</sup> HUGO GROTIUS, *The Rights of War...* p. 289 e ss (Capítulo XXV).

<sup>242</sup> RICHARD PLENDER, *International Migration Law...*, p. 41.

<sup>243</sup> FRANCISCO SUÁREZ, “Are the Municipal Laws ...”, p. 402.

<sup>244</sup> Assim, VINCENT CHÉTAIL, “The Transnational Movement of Persons...”, p. 11.

<sup>245</sup> SAMUEL PUFENDORF, *Le Droit de la Nature...*, p. 337 (Capítulo III).

<sup>246</sup> *Ibidem*.

<sup>247</sup> *Ibidem*.

naturalização, bem como a presumível igualdade entre estrangeiros e cidadãos<sup>248</sup>. No entanto, o Estado de acolhimento detinha um poder discricionário no que toca à admissão de estrangeiros no território, concebido como um atributo inerente à soberania. Nesse sentido, o Estado podia impor aos estrangeiros as condições que considerasse adequadas, ou impedir-lhes a entrada. Os motivos de recusa de admissão podiam ser variados: o bem-estar económico, a moral e os bons costumes, a religião, a prevenção da criminalidade e outras razões de interesse geral<sup>249</sup>. Eles eram deixados à apreciação do Estado<sup>250</sup>. Ainda assim, WOLFF refere que os mesmos apenas seriam válidos se se fundassem em “razões legítimas”<sup>251</sup>.

A obra de EMMERICH DE VATTEL, discípulo de WOLFF, é apontada por muitos autores como sendo aquela que consagra o nascimento das teorias absolutas do *ius includendi et excludendi*<sup>252</sup>. O autor desenvolveu a ideia de liberdade de emigração. No entanto, defendia a existência de um direito de o Estado se *defender* da entrada de estrangeiros no território, direito esse que poderia ser usado para os fins que entendesse convenientes. Esse direito derivava do *direito de domínio* do Estado sobre o território, *i.e.* da soberania territorial. Na obra *Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle*, de 1758, o autor sublinhava que o soberano podia proibir a entrada no território quer de estrangeiros que, em concreto, pusessem em causa o bem do Estado, quer de qualquer estrangeiro em geral<sup>253</sup>. Mais à frente, o autor reforçava a ideia de que o soberano tinha o poder de fixar as condições que entendesse para permitir a entrada de estrangeiros no território<sup>254</sup>.

Estas passagens tiveram uma profunda influência na doutrina posterior, bem como na jurisprudência nacional e internacional. Elas passaram a ser interpretadas (sobretudo pela jurisprudência da *Supreme Court* dos EUA de finais do séc. XIX e inícios do séc. XX, como se verá mais à frente) como consagrando a existência de um poder absoluto e ilimitado do Estado no que toca ao controlo de entrada de estrangeiros no território<sup>255</sup>.

Há que sublinhar, no entanto, que VATTEL atenuava esta tese<sup>256</sup>, lançando mão de alguns princípios de direito natural. Em primeiro lugar, mencionava que o poder de domínio se devia exercer no respeito dos «deveres de humanidade»<sup>257</sup>. Seguidamente, referia que um estrangeiro podia ser admitido no território de um Estado apenas pelo facto de ser membro da sociedade humana, e devido à necessidade de as nações manterem relações umas com as

---

<sup>248</sup> «Since foreigners, as long as they dwell in alien territory or stay there as temporary citizens, they are bound only to do and not to do the things which must be done or not done by citizens at the time under the same circumstances, except in so far as particular laws introduce something else concerning foreigners». CHRISTIAN WOLFF, “The Law of Nations ...”, § 296.

<sup>249</sup> CHRISTIAN WOLFF, *Principes du Droit de la Nature...*, Cap. IV, §XV, p. 278.

<sup>250</sup> CHRISTIAN WOLFF, *Ius Gentium...*, p. 80, §148.

<sup>251</sup> Assim, não nos merece acordo a afirmação de alguns autores no sentido de que WOLFF considerava que a admissão de estrangeiros era uma matéria que dependia da « livre e ilimitada discricionariedade dos Estados ». Nesse sentido, KARL DOEHRING, “Aliens, Admission...”, p. 107. V. ainda, sobre este ponto, MARIA LUÍSA DUARTE, *A Liberdade de circulação...*, p. 30.

<sup>252</sup> GERASSIMOS FOURLANOS, *Sovereignty and the Ingress...*, p. 24.

<sup>253</sup> EMMERICH DE VATTEL, *The Law of Nations...*, p. 170, Cap. VII, §94.

<sup>254</sup> *Idem*, p. 172, Cap. VIII, §100.

<sup>255</sup> Assim, KARL DOEHRING, “Aliens, Admission...”, p.107.

<sup>256</sup> GERASSIMOS FOURLANOS refere que na obra de VATTEL existem várias inconsistências, que eram devidas ao facto de o autor ser um diplomata na altura do absolutismo. Cf. *Sovereignty and the Ingress...*, p. 12

<sup>257</sup> EMMERICH DE VATTEL, *The Law of Nations...*, Book II, Cap. VIII, §100.

outras<sup>258</sup>. Eram ainda aqui visíveis, pois, resquícios do *ius communicationis*. FOURLANOS refere que VATTEL reconhecia, assim, um direito de trânsito e residência a estrangeiros, derivado do direito natural e ainda da ideia de «comunidade originária»<sup>259</sup>.

Por fim, e não menos digno de nota, há que sublinhar que VATTEL lançou as bases para a aplicação do princípio da necessidade no que toca à admissão de entrada de estrangeiros no território. De acordo com esse princípio, o estrangeiro poderia prevalecer-se de motivos particularmente sólidos que apoiassem a sua pretensão de entrada no território, podendo afastar os interesses estaduais opostos<sup>260</sup>. Mas mais : o direito de necessidade permitiria uma ação que, noutros contextos, seria ilícita por violação do direito de domínio<sup>261</sup>. VATTEL acabava por reconhecer, por esta via, uma espécie de direito de entrada irregular fundado em necessidades imperiosas, o que pode ser de uma extrema utilidade para o desenvolvimento da doutrina contemporânea sobre direitos humanos dos imigrantes em situação irregular. Assim, não podemos deixar de concordar com alguns autores quando referem que foi apenas na base de um equívoco, proporcionado pela interpretação descontextualizada de frases retiradas da obra de VATTEL, que esta foi usada para fundamentar as doutrinas “maximalistas” dos poderes ilimitados de controlo do acesso ao território e que foram generalizadas nos séc. XVIII e XIX<sup>262</sup>.

Por fim, VATTEL sublinhava que, ao admitir a entrada de um estrangeiro, o soberano passava a ter determinados deveres para com este<sup>263</sup>. O estrangeiro passava a estar subordinado às leis do país, e o soberano comprometia-se a protegê-lo como se fosse um dos seus súbditos.

Após os contributos destes últimos autores, de uma forma geral, continuavam a aceitar-se as ideias, derivadas do direito natural, da igualdade entre estrangeiros e cidadãos. No entanto, essas ideias apenas se aceitavam no contexto da igualdade *interna* entre os estrangeiros admitidos e os cidadãos. Face ao concomitante desenvolvimento das ideias de soberania territorial, tais ideias deixaram de suportar a afirmação de um direito geral dos estrangeiros acederem ao território estadual<sup>264</sup>.

## 6. O TRATAMENTO DO ESTRANGEIRO NOS SÉCS. XVIII E XIX

### 6.1. AS DECLARAÇÕES DE DIREITOS E AS TEORIAS DO «DEVER DE HOSPITALIDADE»

O aparecimento do Estado-Nação e o seu corolário da soberania<sup>265</sup> não coincidiram com a introdução dos controlos fronteiriços. De facto, o próprio VATTEL constatava, em meados

---

<sup>258</sup> EMMERICH DE VATTEL, *The Law of Nations...*, Book II, Cap. X, §135.

<sup>259</sup> GERASSIMOS FOURLANOS, *Sovereignty and the Ingress...*, p. 26.

<sup>260</sup> EMMERICH DE VATTEL, *The Law of Nations...*, Book II, Cap. IX, §123.

<sup>261</sup> *Ibidem*.

<sup>262</sup> Assim, entre outros, a obra de MAUREEN CALLAHAN VANDERMAY, “The Misunderstood...”.

<sup>263</sup> EMMERICH DE VATTEL, *Le Droit des Gens...*, p. 30. O autor reconhecia o direito de os estrangeiros casarem, acederem aos tribunais, deixarem o país, e obterem a nacionalidade.

<sup>264</sup> RAINER ARNOLD, “Aliens”, p. 103.

<sup>265</sup> Não cabe aqui analisar o surgimento histórico do conceito de soberania. Sobre esse ponto v. entre outros, LÉON DUGUIT, *Os elementos do Estado...*, p. 40, GERASSIMOS FOURLANOS, *Sovereignty and the Ingress...*, p. 9, J.H.

do séc. XVIII, que na Europa o acesso era livre em todo o lado para qualquer pessoa que não fosse inimiga do Estado, exceto, em alguns países, para vagabundos e proscritos<sup>266</sup>.

Esta foi também a época das declarações de direitos. A Declaração de Independência dos EUA (1776) proclama por escrito não só a igualdade entre os homens, bem como a existência de direitos inalienáveis da titularidade dos mesmos – o direito à vida, liberdade e a «procura da felicidade». Mais tarde, as ideias jusnaturalistas iriam enformar o *Bill of Rights* da Constituição norte-americana entre 1789 e 1791. A Revolução Francesa, por seu turno, representou um marco decisivo na evolução da condição do estrangeiro. Primeiro, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 proclamou a igualdade dos direitos entre todos os Homens, e não apenas entre os cidadãos<sup>267</sup>. Para além do mais, os princípios de fraternidade reclamavam o reconhecimento de todos os homens como sujeitos de direitos, sem distinção entre estrangeiros e cidadãos<sup>268</sup>. O “*droit d’aubaine*” foi considerado contrário «*aux principes de fraternité qui doivent lier tous les hommes*» e, por isso, abolido pela assembleia constituinte<sup>269</sup>. Esta e outras medidas tiveram apoio nas constituições de 1791 (que, *inter alia*, estabelecia a *liberdade de emigração*) e de 1795.

Por seu turno, os filósofos oitocentistas do direito natural, como LOCKE, ROUSSEAU e KANT defendiam que os direitos fundamentais eram realidades extraestaduais. Várias obras doutrinárias invocavam a existência de limites ao *ius includendi et excludendi* que derivavam de *princípios de humanidade ou hospitalidade*, exigidos pelo direito natural, ou de obrigações de *boa fé* dos Estados<sup>270</sup>.

O maior doutrinador da teoria da hospitalidade foi KANT, que defendeu, no ensaio sobre a *Paz Perpétua*, um *dever de hospitalidade* por parte do Estado face a estrangeiros. A *hospitalidade* implicaria o direito de todo o estrangeiro a não ser tratado como inimigo à chegada ao país<sup>271</sup>. Por força desse direito, o estrangeiro possuiria um direito de estadia temporária. Note-se que para KANT, o direito de hospitalidade não era uma questão de filantropia, mas um *direito* de todos os seres humanos enquanto participantes numa república universal<sup>272</sup>. Esta conceção fundava-se na teoria de que, na origem, nenhuma pessoa teria mais direito que outra de se encontrar num determinado ponto da Terra<sup>273</sup>. Não obstante, o dever de hospitalidade era imperfeito e visava fundamentar apenas um direito *de visita*<sup>274</sup>. Assim, é entendimento de alguns autores que, apesar de KANT ter fundamentado um direito de livre circulação com base na «propriedade comum da face da Terra», a sua construção apenas lançou as bases para

---

BURNS, *The Cambridge history of political thought...*, MARCEL PRELOT & GEORGES LESCUYER, *Histoire des Idées Politiques...*, CARLA AMADO GOMES, “A Evolução...”, FRANÇOIS GUIZOT, *Della sovranità...*, DIEGO QUAGLIONI, *La sovranità...*. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *História das Ideias Políticas...*

<sup>266</sup> EMMERICH DE VATTEL, *The Law of Nations...*, Book II, Cap. VIII, §100.

<sup>267</sup> Sobre este ponto v. JUSTIN KISSANGOU, *La Constitution Française...*, p. 41 e ss.

<sup>268</sup> BRUNO NASCIBENE, *Il Trattamento dello Straniero...*, p. 45.

<sup>269</sup> Decreto de 6 de agosto de 1790.

<sup>270</sup> JAMES A.R. NAFZIGER, “The General Admission...”, p. 844.

<sup>271</sup> IMMANUEL KANT, *A Paz Perpétua...*, p. 20.

<sup>272</sup> *Ibidem*. V. ainda, nesse sentido, SEYLA BENHABIB, *The Rights of Others...*, p. 26.

<sup>273</sup> IMMANUEL KANT, *A Paz Perpétua...*, p. 20.

<sup>274</sup> Referia KANT: «não existe nenhum direito de hóspede sobre o qual se possa basear esta pretensão (para tal seria preciso um contrato especialmente generoso para dele fazer um hóspede por certo tempo), mas um direito de visita, que assiste todos os homens para se apresentarem à sociedade, em virtude do direito da propriedade comum da superfície da Terra». Cf. IMMANUEL KANT, *A Paz Perpétua...*, p. 20.

um direito geral a viajar e estabelecer relações pacíficas, e não para um *direito à imigração*<sup>275</sup>. Outros autores têm uma visão menos generosa da teoria cosmopolita de Kant, referindo que se referia não ao direito dos imigrantes vindos do novo mundo entrarem na Europa, mas sim, ao direito de as Nações da época do iluminismo poderem contactar com as nações do Novo Mundo<sup>276</sup>.

A doutrina da hospitalidade marcou, porém, várias obras doutrinárias. É interessante analisar neste contexto alguma doutrina portuguesa do séc. XIX. VICENTE FERRER NETO PAIVA, para além de defensor do *ius communicationis*, defendia ainda: «a toda a nação por humanidade, não só por interesse próprio, importa acolher os estrangeiros, proteger as suas pessoas e bens»<sup>277</sup>. PINHEIRO FERREIRA criticava uma disposição do Tratado concluído em 1826 entre o Imperador do Brasil e o Rei de França<sup>278</sup> que dizia que, em caso de rompimento entre as duas cortes, e após a partida dos respetivos agentes diplomáticos, «os súbditos de cada uma das corôas só serão mandados sabir do paiz, onde se acharem residindo, no caso de darem motivos de suspeita pelo seu comportamento». Referia o autor que se deixava o estrangeiro ao bel-prazer do governo do país, onde residia «ao abrigo das leis de hospitalidade e, o que mais é, da justiça universal». Considerando que «o systema mesquinho de ciúme qu'outrora estabelecia, e que praticamente ainda hoje admite diferença entre nacionais e estrangeiros, no que diz respeito aos tres direitos naturaes de segurança pessoal, liberdade individual, e propriedade do trabalho; já não é do nosso século», conclui que «ninguém deve ser expulso do paiz, se não em virtude d'uma sentença judicial fundada em factos provados de violação ás leis geraes, e cuja pena legal seja a de expulsão: pena absurda (se a houver no codigo penal) mas emfim pena que o juiz só pode e deve applicar se for essa a lei. D'outro modo, a expulsão só é propria de um govêrno despotico, para quem não há lei senão a sua caprichosa vontade – Por suspeita! De quem? Do govêrno? Do chefe de policia? Do administrador local? – *Que bello paiz da liberdade, de justiça, de govêrno constitutional!*»<sup>279</sup>.

## 6.2. A DICOTOMIA «DIREITOS DO HOMEM / DIREITOS DO CIDADÃO» E O DIREITO DE ENTRADA E RESIDÊNCIA NO TERRITÓRIO COMO DIREITO DE CIDADANIA

Paralelamente à proclamação dos valores da Revolução Francesa, uma tendência antagónica começou a surgir na época - uma maior consciência da distinção entre cidadãos da República, por um lado, e os estrangeiros, por outro.

O paradoxo da Revolução Francesa<sup>280</sup> compreende-se melhor se se tiver em conta que, com a mesma, surgiu o conceito moderno de cidadania. Contrariamente aos tempos precedentes, a noção de cidadania passou a traduzir a vinculação entre o indivíduo e a comunidade organizada, e já não entre dois indivíduos (traduzida numa relação de subordinação, fidelidade e vassalagem ao suserano), passando a conter também como dimensão positiva, uma relação de participação. O conceito de cidadania moderna fez-se

<sup>275</sup> RAINER BAUBÖCK, *Transnational Citizenship...*, p. 322.

<sup>276</sup> SEYLA BENHABIB, *The Rights of Others...*, p. 37.

<sup>277</sup> VICENTE FERRER NETO PAIVA, *Elementos de Direito...*, p. 20.

<sup>278</sup> Art. 7.º. Cf. SILVESTRE PINHEIRO-FERREIRA, *Questões de Direito Público...* p. 62 e ss.

<sup>279</sup> SILVESTRE PINHEIRO-FERREIRA, *Questões de Direito Público...* p. 62 e ss.

<sup>280</sup> Sobre o paradoxo dos discursos da Revolução francesa, que oscilaram entre o universalismo dos direitos proclamados e a proteção dos direitos de cidadania, v. SOPHIE WAHNICK, *L'Impossible Citoyen* .... A autora atribui, esse paradoxo, em parte, à articulação de diferentes e por vezes contraditórias culturas políticas.

acompanhar assim de uma valorização do sentimento nacional, enquanto pertença a uma comunidade.

No novo Estado liberal saído da Revolução, era importante, pois, discernir quem conformava a vontade geral e quem não participava na mesma. A delimitação do conjunto de cidadãos passou a ter de ser feita em contraponto com aqueles que não possuíam os direitos de participação na comunidade – os estrangeiros. Como refere RUI MOURA RAMOS, «a cidadania passa a retirar a sua maior importância do estatuto que lhe vem ligado e da exclusividade da sua concessão aos indivíduos que tenham com o Estado a relação em que ela se consubstancia»<sup>281</sup>.

A delimitação formal da cidadania e o estabelecimento da igualdade civil e política acentuaram, pois, a distinção entre cidadãos e estrangeiros<sup>282</sup>. Os direitos políticos eram apenas reconhecidos aos cidadãos, podendo o estrangeiro gozá-los apenas excecionalmente. Assim afirmava também um dos nossos jusinternacionalistas do séc. XIX: «o estrangeiro, que reside no território de outra nação, em quanto não for naturalizado, não é reputado cidadão della. E por isso não goza dos direitos políticos, de que gozam os cidadãos indígenas»<sup>283</sup>. Esta distinção era reconhecida na Constituição Portuguesa de 1822 e na Carta Constitucional de 1826, que se referiam aos estrangeiros para efeitos de lhes negar o reconhecimento de direitos políticos<sup>284</sup>.

A questão da nacionalidade adquiriu uma relevância que não revestira no anterior regime, e cada Estado começou a regulá-la, evidenciando-se cada vez mais a diferenciação entre nacionais e estrangeiros no plano jurídico<sup>285</sup>. Neste contexto, o art. 11.º do Código Napoleónico reintroduziu a distinção respeitante ao gozo de direitos civis adotando o sistema da reciprocidade constante de tratados<sup>286</sup>. Porém, ainda assim, a posição dominante era a de que os cidadãos e estrangeiros gozavam dos mesmos direitos civis, salvo quando o legislador referisse expressamente o contrário<sup>287</sup>.

Ora, como conjugar a proclamação de direitos universais da Revolução Francesa com a nova separação entre dois mundos – o dos nacionais e o dos estrangeiros? Essa conjugação foi levada a cabo com a distinção entre, por um lado, a afirmação dos “direitos do Homem” e, por outro, dos “direitos do Cidadão”, de que são testemunhas as formulações oitocentistas. O primeiro beneficiaria dos direitos naturais, direitos de todos<sup>288</sup>. Já os direitos que implicavam uma participação política eram reservados aos cidadãos<sup>289</sup>. Assim, aos não cidadãos, restavam os direitos que pertenciam a qualquer pessoa<sup>290</sup>. Assim o referia entre nós

---

<sup>281</sup> RUI MOURA RAMOS, “Cidadania...”, p. 110.

<sup>282</sup> ROGERS BRUBAKER, *Citizenship and Nationhood...*, p. 35.

<sup>283</sup> VICENTE FERRER NETO PAIVA, *Elementos de Direito...*, p. 20.

<sup>284</sup> Sobre este ponto, v. MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Os Direitos Fundamentais dos Estrangeiros...*, p. 81 e ss.

<sup>285</sup> BLANCA RUIZ LÓPEZ & EDUARDO J. RUIZ VIEYTEZ, *Las Políticas de Inmigración...*, p. 26 e ss.

<sup>286</sup> ANTÓNIO DA ROSA GAMA LOBO, *Princípios de Direito Internacional...*, p. 122.

<sup>287</sup> BRUNO NASCIMBENE, *Il Trattamento dello Straniero...*, p. 45. Para mais desenvolvimentos sobre este ponto, v. CECILIA CORSI, *Lo Stato e lo Straniero...*, p. 17 e ss.

<sup>288</sup> GIANLUCA BRAGA, “Il «diritto clandestino»...”, p. 29.

<sup>289</sup> M. GREGORIO PECES-BARBA MARTINEZ, “Les Droits de l’Homme...”, p. 19, SONIA GARCIA VASQUEZ, *El Estatuto Jurídico-Constitucional...*, p. 27, CECILIA CORSI, *Lo Stato e lo Straniero...*, p. 28 e ss.

<sup>290</sup> Mais restritiva é a posição de DAVID WEISSBRODT. O autor refere que as declarações de direitos oitocentistas relacionavam o conceito de “Ser Humano” com o de “cidadão”, pelo que acabavam por limitar os direitos

FERRER NETO PAIVA: «*se os estrangeiros, que não gozam dos direitos políticos, não gozassem dos civis, não poderiam subsistir, deixariam de ser pessoas, passariam a ser coisas*»<sup>291</sup>. Assim, vários códigos civis europeus refletiam as ideias da Revolução Francesa, estabelecendo, no que toca aos direitos civis, a equiparação entre cidadãos nacionais e estrangeiros, não obstante muitos deles temperarem tal reconhecimento com cláusulas de reciprocidade.

O início do séc. XIX é, assim, apontado como o início do despertar das nacionalidades e o apuramento dos «sistemas de inclusão e de exclusão» que caracterizam os Estados-nação contemporâneos<sup>292</sup>. Nesta altura vários Estados começaram a adotar regulações em matéria de polícia de estrangeiros<sup>293</sup>. O assunto central dizia respeito, na maior parte dos casos, ao poder de expulsão, embora as regras referentes à entrada no território fossem também reguladas com algum detalhe.

A maior parte dos tratados bilaterais e das doutrinas juspublicistas referia-se à liberdade de emigração<sup>294</sup>. No entanto, o *ius incolus* que outrora tinha sido reconhecido aos estrangeiros, passou a ser um direito caracterizador da qualidade de «cidadão»<sup>295</sup>. A ideia de interligação entre a condição de cidadão e o direito de entrada e residência no território generalizou-se. SANTI ROMANO referia que essa ligação não era tanto um direito mas, mais propriamente, um efeito necessário do ordenamento do Estado. Instalou-se, assim, a ideia de que um dos direitos mais indispensáveis decorrentes da cidadania era o de viver no Estado<sup>296</sup>. Paralelamente generalizou-se também a ideia de que o estrangeiro não gozava da faculdade de habitar o território do Estado, podendo este expulsá-lo a qualquer momento<sup>297</sup>.

### 6.3. O SURGIMENTO DOS PRIMEIROS CONTROLOS ADMINISTRATIVOS DOS ESTRANGEIROS

Alguma doutrina aponta a época correspondente aos sécs. XVIII/XIX como aquela em que surgiram os primeiros controlos administrativos de estrangeiros<sup>298</sup>. Refere-se, por exemplo, que após a Revolução francesa se instituiu em França o sistema de posse obrigatória de documentos de identificação. A Lei francesa de 1797 sobre o passaporte marcou, neste contexto, o início de uma nova era<sup>299</sup>.

A prática estendeu-se a outros países europeus, uma vez que Napoleão a impunha nos territórios que ocupava<sup>300</sup>. Em vários países, os povos tinham de se registar junto das

---

naturais apenas aos cidadãos, já que esses direitos apenas podiam ser reconhecidos e respeitados na prática através da pertença a um Estado. Cf. *The Human Rights of Non Citizens...*, p. 25.

<sup>291</sup> VICENTE FERRER NETO PAIVA, *Elementos de Direito...*, p. 20.

<sup>292</sup> VIRGINIE NATALE, “Les Droits Procéduraux des Étrangers ...”, p. 289, ANDREIA SOFIA PINTO OLIVEIRA, *O Direito de Asilo...*, p. 42.

<sup>293</sup> GIANLUCA BRAGA, “Il «diritto clandestino»...”, p. 30.

<sup>294</sup> VINCENT CHÉTAIL, “The Transnational Movement of Persons...”, p. 13.

<sup>295</sup> GIANLUCA BRAGA, “Il «diritto clandestino»...”, p. 30.

<sup>296</sup> SANTI ROMANO, *La teoria dei Diritti...*, p. 174.

<sup>297</sup> GIANLUCA BRAGA, “Il «diritto clandestino»...”, p. 44.

<sup>298</sup> *Idem*, p. 30.

<sup>299</sup> RICHARD PLENDER, *International Migration Law...*, p. 43.

<sup>300</sup> CLIFFORD ROSENBERG, *Policing Paris...*, p. 23.

autoridades locais de cada vez que alterassem a residência. Algumas cidades da Europa central, como Viena, mantinham um registo separado da população estrangeira<sup>301</sup>. Os estrangeiros mais pobres eram particularmente vulneráveis, sendo muitas vezes parados na fronteira ou, em caso de conjuntura de crise económica, expulsos<sup>302</sup>.

Não obstante, outros autores referem que, por volta de meados do séc. XVIII na Europa, em geral, ainda se praticava a liberdade de entrada e de passagem<sup>303</sup>. Apesar de as leis nacionais preverem o direito de expulsão, na prática raramente o exerciam, e o mesmo era normalmente limitado a casos que punham em perigo o Estado e tranquilidade públicas<sup>304</sup>.

Em Portugal, na falta de literatura específica sobre o assunto, encontramos referências no Código Administrativo de 1842 à concessão de cartas de residentes a estrangeiros<sup>305</sup>. No Código Administrativo de 1870 referia-se como competência do governador civil, na área de atuação ligada à «polícia», «exercer a fiscalização necessária sobre os estrangeiros residentes do distrito»<sup>306</sup>. Algumas obras da época referem ainda a competência administrativa relativa a estrangeiros. Estes indícios demonstram-nos que a presença de estrangeiros no país era já objeto de controlo administrativo.

Entretanto, o decreto de 1888 na França requeria que os estrangeiros declarassem a sua presença junto das autoridades locais<sup>307</sup>. Os estrangeiros que não cumprissem as regras administrativas deixavam de poder auferir alguns benefícios sociais, teriam limitadas possibilidades de trabalho, teriam de pagar pesadas multas e, na maior parte das vezes, sujeitavam-se ao risco de expulsão. A lei atribuía à polícia uma ampla liberdade no que toca à concessão de documentos legais aos estrangeiros. Os agentes podiam negar tais documentos logo à entrada dos estrangeiros no território (*refus de séjour*), ou poderiam confiscá-los sempre que entendessem, sem necessidade de fundamentação e sem possibilidade de recurso (*refoulement*)<sup>308</sup>. Por outro lado, refere-se que as autoridades policiais procediam a controlos rotineiros, pedindo os documentos às pessoas na rua, ou fazendo fiscalizações de porta em porta<sup>309</sup>.

A afirmação dos poderes soberanos dos Estados no que toca ao controlo dos imigrantes recebeu, porém, a sua afirmação máxima na doutrina da «*plenary power*» desenvolvida pela *Supreme Court* dos EUA nos finais do séc. XIX e inícios do séc. XX.

---

<sup>301</sup> *Ibidem*.

<sup>302</sup> *Idem*, p. 24.

<sup>303</sup> VINCENT CHÉTAIL, “The Transnational Movement of Persons...”, p. 29.

<sup>304</sup> *Ibidem*.

<sup>305</sup> Código Administrativo, Imprensa Nacional, Lisboa, 1842, p. 93.

<sup>306</sup> Código Administrativo, Imprensa Nacional, Lisboa, 1870, p. 64 (art. 254.º). Note-se que a vigência deste Código foi suspensa ainda no próprio ano de 1870, pela Carta de Lei de 27 de dezembro. Os Códigos posteriores mantiveram a menção da competência do Governador Civil sobre os estrangeiros nos exatos termos em que esta tinha sido formulada (art. 184.º, n.º3 do Código Administrativo de 1878, art. 265.º, n.º5 do Código Administrativo de 1895, art. 291, n.º1 do Código Administrativo de 1900, e art. 350.º do Código Administrativo de 1936). Estes últimos atribuíam ao administrador do Concelho a competência para dirigir a polícia sobre os estrangeiros «que residam ou transitem no concelho», bem como a concessão de «bilhetes de residência a estrangeiros, nos termos dos respectivos regulamentos» (art. 293.º, n.º2 e 20 do Código Administrativo de 1895 e art. 318.º do Código Administrativo de 1900). No Código Administrativo de 1936, essa competência passou a ser exercida pelo Presidente da Câmara, nos termos do art. 80.º.

<sup>307</sup> CLIFFORD ROSENBERG, *Policing Paris...*, p. 51.

<sup>308</sup> *Idem*, p. 57.

<sup>309</sup> *Ibidem*.



## 7. A «PLENARY POWER DOCTRINE» DO DIREITO DOS EUA

### 7.1. SURGIMENTO

Os inícios do séc. XIX coincidem com a época dos grandes movimentos migratórios da Europa para a América. Inicialmente a liberdade desses movimentos não foi questionada nos EUA. Assim, em 1868, o Congresso norte-americano falava da liberdade de circulação como sendo um direito natural e inerente à pessoa, indispensável ao gozo dos direitos à vida, liberdade e busca pela felicidade<sup>310</sup>.

Não obstante, os finais do séc. XIX e os inícios do séc. XX coincidem com o surgimento de novas ideias, assentes na afirmação dos poderes soberanos do *ius includendi et excludendi*, e que encontraram a sua expressão máxima na jurisprudência da *Supreme Court* dos EUA, nos finais do séc. XIX e inícios do séc. XX. Essa jurisprudência acabou influenciar o próprio direito internacional e a doutrina nos países da Europa, num verdadeiro “efeito dominó”<sup>311</sup>.

Apesar da aplicação generalizada da Constituição dos EUA a estrangeiros, a regulação da imigração era tratada como um caso à parte. Se antes da Guerra Civil se afirmava que a imigração para os EUA era livre e encorajada, o desemprego, a depressão económica e a crescente xenofobia e racismo levaram a uma série de leis de exclusão da imigração chinesa, entre 1882 e 1892<sup>312</sup>. Concomitantemente, nos finais do séc. XIX, a *Supreme Court* desenvolveu a chamada «*plenary power doctrine*», através da qual se lançaram as bases para a afirmação de um poder absoluto do Congresso no que toca à regulação da recusa de entrada (exclusão) ou expulsão de estrangeiros do território<sup>313</sup>, e a afirmação de que as garantias constitucionais não se aplicavam aos casos de imigração<sup>314</sup>.

A doutrina em causa deriva de um conjunto de decisões jurisprudenciais, que podem ser divididas, de acordo com STEPHEN LEGOMSKY, em várias fases<sup>315</sup>.

Numa primeira fase, a *Supreme Court* estava preocupada em afirmar que o poder de controlar a imigração era um poder federal<sup>316</sup> e, seguidamente, em encontrar um fundamento constitucional para o mesmo. Esse fundamento foi primeiramente encontrado no «poder de

---

<sup>310</sup> GERASSIMOS FOURLANOS, *Sovereignty and the Ingress...*, p. 28.

<sup>311</sup> Assim, JAMES A.R. NAFZIGER, “The General Admission...”, p. 823 e VINCENT CHÉTAIL, “The Transnational Movement of Persons...”, p. 31. Sobre a influência da *Supreme Court* dos EUA na jurisprudência do TEDH, v. GUY S. GOODWIN-GILL, “The Status and Rights...”, p. 153 e ss. e JEAN-FRANÇOIS FLAUSS, “La Présence de la Jurisprudence de la Cour Suprême...”, p. 313 e ss.

<sup>312</sup> LOUIS HENKIN, “The Constitution and United States...”, p. 856.

<sup>313</sup> No direito de imigração dos EUA, o termo *expulsão* visa referir-se à remoção do território de um estrangeiro que já tenha entrado no mesmo, legal ou ilegalmente, enquanto *exclusão* se reporta à rejeição de um estrangeiro que tenha chegado à fronteira mas que não tenha entrado ainda no país. Cf. JAMES A.R. NAFZIGER, “The General Admission...”, p. 804. A partir de 1996, a lei abandonou a distinção entre aqueles dois conceitos, passando apenas a falar de «*removing proceedings*». Cf. STEPHEN LEGOMSKY e CRISTINA RODRÍGUEZ, *Immigration and Refugee...*, p. 21. Sobre estes conceitos v. ainda WILLIAM WALTERS, “Deportation, Expulsion...”, p. 268.

<sup>314</sup> MAUREEN CALLAHAN VANDERMAY, “The Misunderstood...”, p. 149.

<sup>315</sup> STEPHEN LEGOMSKY, *Immigration and the Judiciary...*, p. 179.

<sup>316</sup> Caso *Norris c. City of Boston*, 48 U.S. 283 (1849).

controle do comércio internacional»<sup>317</sup>. Posteriormente, a *Supreme Court* considerou que o mesmo era *inerente* à soberania de qualquer nação e, por isso, independente de qualquer previsão expressa. Esta afirmação foi feita no célebre caso *Chinese Exclusion*, de 1889<sup>318</sup>. Os contornos do caso são os seguintes: um residente de longa duração, após uma viagem à China, pretendia reentrar nos EUA, apresentando, para o efeito, um documento governamental que lhe garantia esse direito. No entanto, o Congresso havia proibido a admissão de trabalhadores chineses. A constitucionalidade desta proibição foi sujeita à apreciação da *Supreme Court*, que defendeu que o Congresso tinha o poder de controlar a imigração – poder esse que, embora não enumerado na Constituição, seria inerente à soberania dos EUA. Por outro lado, afirmou que os tribunais não podiam controlar a constitucionalidade das leis em matéria de imigração<sup>319</sup>.

Nestas fases iniciais de construção da *plenary power doctrine*, a *Supreme Court* visava apenas fundamentar o poder do governo federal no que toca a emanar leis relativas ao controlo da imigração. Só posteriormente se interligou esta doutrina com os direitos dos estrangeiros. Essa nova fase foi inaugurada com o caso *Nishimura Ekin c. United States*<sup>320</sup>, em que o supremo tribunal negou a possibilidade de se controlar judicialmente a recusa de um processo justo (*due process*)<sup>321</sup> a um estrangeiro com um processo de exclusão em curso. A *Supreme Court* partiu da afirmação, feita no *Chinese Exclusion Case*, de que as decisões em matéria de imigração eram «*conclusive upon the Judiciary*», e aplicou-a à impossibilidade de controlar judicialmente as decisões em matéria de imigração que afetassem direitos dos indivíduos.

O que se seguiu foi um verdadeiro “efeito de bola de neve”, que estendeu a *plenary power doctrine* a várias situações de estrangeiros envolvidos em processos de imigração<sup>322</sup>. Desde logo, aos casos de deportação. No caso *Fong Yue Ting c. United States*<sup>323</sup>, a *Supreme Court* não considerou inválida a possibilidade de deportação sem se assegurarem as garantias do *due process*. Invocou, para o efeito, a doutrina de Vattel e o poder de todas as Nações expulsarem estrangeiros, concluindo, mais uma vez, que não podia controlar a decisão de deportação. Seguiu-se o caso *Lees c. United States*, em que estava em causa a constitucionalidade da discriminação contra categorias específicas de estrangeiros<sup>324</sup> - uma questão de “*substantive due process*”<sup>325</sup>. Citando os casos anteriores, a *Supreme Court* considerou

---

<sup>317</sup> Caso *Head Money – Edye c. Robertson*, 112 U.S. 580 (1884).

<sup>318</sup> *Chae Chan Ping c. United States*, 130 U.S. 581 (1889). Note-se que apenas três anos antes a *Supreme Court* tinha reconhecido a aplicação da *equal protection clause* a uma situação de discriminação racial que envolvia chineses, no caso *Yick Wo c. Hopkins*, 118 U.S. 356 (1886).

<sup>319</sup> A *Supreme Court* referiu que a decisão do Congresso em matéria de imigração era «*conclusive upon the Judiciary*». A doutrina tem dúvidas sobre o exato significado e alcance desta afirmação. STEPHEN LEGOMSKY refere que a intenção não teria sido a de afastar totalmente o controlo judicial, principalmente quando estariam em causa direitos individuais. Cf. *Immigration and the Judiciary...*, p. 193.

<sup>320</sup> *Nishimura Ekin c. United States*, 142 U.S. 651 (1892).

<sup>321</sup> A cláusula do *due process*, da 5ª Emenda, estabelece que ninguém pode ser privado da vida, liberdade ou propriedade sem um processo justo (“*due process of law*”).

<sup>322</sup> STEPHEN LEGOMSKY, *Immigration and the Judiciary...*, p. 179.

<sup>323</sup> *Fong Yue Ting c. United States*, 140 U.S. 698 (1893).

<sup>324</sup> *Lees c. United States*, 150 U.S. 476 (1893).

<sup>325</sup> De acordo com a doutrina do *substantive due process*, a cláusula do *due process* é vista como conferindo não só um direito a um processo justo, mas também uma proteção substantiva, que inclui a liberdade em relação à ação governamental arbitrária. Ela serve para controlar o poder do governo de limitar a liberdade de ação dos indivíduos quanto ao direito à vida privada, à liberdade e à propriedade. Cf. STEPHEN LEGOMSKY e CRISTINA RODRÍGUEZ, *Immigration and Refugee...*, p. 71.

que o poder absoluto do Congresso de regular a exclusão de imigrantes lhe permitia fazer discriminações em relação a certas categorias de estrangeiros, não sendo essas decisões suscetíveis de controlo judicial. O raciocínio por detrás do tratamento seletivo dos imigrantes chineses no final do séc. XIX acabou por se generalizar, justificando o tratamento discriminatório dos imigrantes em geral<sup>326</sup>.

Vários casos se sucederam em que a *plenary power doctrine* foi defendida face a queixas de violação de direitos constitucionais, avolumando-se o corpo de precedentes. Não obstante, alguns votos de vencido demonstram que alguns juizes se mostravam preocupados com a afirmação de um poder tão absoluto como o do controlo da imigração<sup>327</sup>.

## 7.2. A AFIRMAÇÃO MAXIMALISTA DO *IUS INCLUDENDI ET EXCLUDENDI*

A *plenary power doctrine* fundamenta-se na doutrina tradicional, *i.e.*, na negação de um direito à imigração e na afirmação do *ius includendi et excludendi*. Esta jurisprudência refere um princípio de direito internacional que consagraria a referida doutrina tradicional. A seguinte passagem, retirada do caso *Nishimura Ekin c. United States* é ilustrativa: «*it is an accepted maxim of international law that every sovereign nation has the power, as inherent in sovereignty, and essential to self-preservation, to forbid the entrance of foreigners within its dominions, or to admit them only in such cases as it may see fit to prescribe*»<sup>328</sup>.

No entanto, esta jurisprudência elevou aquela doutrina a um expoente máximo, qualificando os referidos poderes como “ilimitados” ou mesmo “absolutos”. A seguinte passagem é bastante ilustrativa daquilo que podemos apelidar de uma elaboração *maximalista* da doutrina tradicional: «*the right of a nation to expel or deport foreigners (...) is absolute and unqualified as the right to prohibit and prevent their entrance*». A afirmação maximalista da doutrina tradicional levou a que se considerasse perfeitamente aceitável o estabelecimento de exceções, no contexto da imigração, a princípios fundamentais do direito constitucional norte-americano. A *Supreme Court* sublinhou que, em matéria de imigração, o Congresso era livre para decidir das medidas que «ofendessem as tradições americanas»<sup>329</sup> ou que «poderiam ser inaceitáveis se aplicadas a cidadãos»<sup>330</sup>.

Nos casos de recusa de entrada e de expulsão de estrangeiros, a jurisprudência e a doutrina norte-americanas defendiam, enfim, que um estrangeiro em processo de imigração não podia invocar os direitos conferidos pela Constituição<sup>331</sup>. Como refere ANNIE M. CHAN, o poder do Congresso em matéria de imigração era extraconstitucional na origem, pleno no âmbito e ilimitado pelo texto constitucional<sup>332</sup>. Ou, como ilustra STEPHEN LEGOMSKY, o Congresso tinha um «cheque em branco» para formular as políticas de imigração que entendesse<sup>333</sup>.

---

<sup>326</sup> ANNIE M. CHAN, “Community and the Constitution...”, p. 538.

<sup>327</sup> Ver, a título de exemplo, o voto de vencido do Juiz FIELD no caso *Fong Yue Ting c. United States*, 140 U.S. 698 (1893).

<sup>328</sup> *Nishimura Ekin c. United States* (142 U.S. 651, 1892).

<sup>329</sup> *Harisiades c. Shaughnessy*, *Mascitti c. Grath*, *Coleman c. McGrath*, 342 U.S., 580 (1952).

<sup>330</sup> *Mathews c. Diaz*, 426 U.S. 67 (1976) e *Reno c. Flores*, 507 U.S. 292 (1993).

<sup>331</sup> CLEMENT L. BOUVÉ, *A Treatise on the Laws...*, p. 17.

<sup>332</sup> ANNIE M. CHAN, “Community and the Constitution...”, p. 493.

<sup>333</sup> STEPHEN LEGOMSKY, “Fear and Loathing...”, p. 1617.

## 8. DOCTRINA DE FINAIS DO SÉC. XIX E INÍCIOS DO SÉC. XX: DUAS TENDÊNCIAS ANTAGÓNICAS

Concomitantemente ao desenvolvimento da jurisprudência norte-americana dos plenos poderes, na Europa o Instituto de Direito Internacional formulava regras sobre admissão e expulsão de estrangeiros, e vários tribunais arbitrais enunciavam limites ao *ius includendi et excludendi*. Na doutrina começavam a formar-se duas tendências antagónicas, divididas entre a afirmação crescente do *ius includendi et excludendi*, iniciada com WOLFF e VATTEL e absolutizada pela jurisprudência norte-americana, e a tradição do *ius communicationis* dos jusnaturalistas europeus.

### 8.1. AS REGRAS SOBRE ADMISSÃO E EXPULSÃO DE ESTRANGEIROS DO INSTITUTO DE DIREITO INTERNACIONAL

Em 8 e 9 de setembro de 1892, o Instituto de Direito Internacional esboçou regras comuns sobre a admissão e expulsão de estrangeiros<sup>334</sup>. Ironicamente, a formulação destas regras coincidiu com o período da formulação maximalista da doutrina norte-americana dos plenos poderes.

Nestas regras, o Instituto defendia que o direito de o Estado admitir ou expulsar estrangeiros no território era uma consequência lógica e necessária da sua soberania e da sua independência: «*pour chaque État, le droit d'admettre ou de ne pas admettre des étrangers sur son territoire, ou de ne les y admettre que conditionnellement, ou de les en expulser, est une conséquence logique et nécessaire de sa souveraineté et de son indépendance*». Afirmava-se, assim, que o *ius includendi et excludendi* derivava diretamente da soberania territorial. Não obstante, as regras destinavam-se a sujeitar o referido poder a vários limites. Cumpre mencionar algumas das disposições mais significativas.

Desde logo, o art. 6.º estipulava que a “liberdade” de entrada de estrangeiros num território não podia ser proibida de forma geral e permanente. Tal proibição apenas poderia encontrar justificação em razões “extremamente graves” de interesse público, como diferenças fundamentais nos costumes ou civilização ou na salvaguarda da segurança. Referia-se ainda a entrada de um grupo massificado de estrangeiros que se apresentasse “perigoso”. Os estrangeiros “em estado de mendicância ou vagabundagem”, que representassem uma ameaça à saúde pública, ou que tivessem cometido crimes graves, podiam ser também proibidos de entrar no território<sup>335</sup>. O art. 7.º estipulava que a proteção do mercado de trabalho não era, por si só, uma razão suficiente para justificar uma proibição de entrada.

Tal como faziam no que toca às decisões de recusa de entrada, as regras estabeleciam também limitações no que respeita aos motivos que podiam fundamentar uma expulsão. Assim, uma medida de expulsão não se poderia fundamentar num interesse privado, num objetivo de impedir uma “concorrência legítima” nem para cessar reivindicações justas ou ações e recursos levados regularmente perante os tribunais e autoridades competentes (art. 14.º). Mas as regras iam mais longe, chegando a enumerar os motivos que podiam fundar

---

<sup>334</sup> MM. L.J.D. FÉRAUD-GIRAUD E LUDWIG VON BAR, “Règles internationales sur l'admission et l'expulsion...”, p. 219 e ss.

<sup>335</sup> Art. 12.º. A regra explicitava que as referidas infrações teriam de ter sido cometidas contra a saúde ou vida das pessoas ou contra a «fé pública».

uma expulsão *justa*. A lista consta do art. 28.º e engloba vários motivos de expulsão. Desde logo, os motivos de proteção da saúde pública, da segurança pública, ou da ordem pública. Os estrangeiros em estado de mendicidade, vagabundagem ou que estivessem dependentes de assistência pública poderiam também ser expulsos. Estariam ainda sujeitos a tal medida os estrangeiros condenados pela prática de crimes de certa gravidade, ou condenados ou perseguidos para fins de sujeição a julgamento por parte de autoridades judiciais de outros Estados, por terem alegadamente incorrido na prática de crimes que pudessem dar lugar a extradição. Finalmente, as regras mencionavam ainda os estrangeiros que tivessem entrado no território irregularmente. No entanto, considerava-se que a medida de expulsão não deveria ser aplicada com fundamento na irregularidade após esses estrangeiros terem permanecido seis meses no território. Os estrangeiros “domiciliados” no território deveriam beneficiar de proteção acrescida, só podendo ser expulsos por motivos ainda mais limitados<sup>336</sup>.

Por outro lado, afirmavam-se várias regras de cariz procedimental. Desde logo, as normas relativas à admissão de estrangeiros deviam ser acessíveis aos interessados e ser publicadas com a devida antecedência. A entrada no território não podia estar subordinada ao pagamento de taxas excessivas<sup>337</sup>. Por seu turno, as expulsões deviam ser acompanhadas de várias garantias, como o direito de recurso a uma instância independente do governo<sup>338</sup>. O ato de expulsão deveria ser notificado ao expulsando e acompanhado com a fundamentação de facto e de direito. O estrangeiro deveria ainda ser notificado do prazo para abandonar o país. Para além disso, o art. 17.º sublinhava que a medida de expulsão devia ter em conta a situação particular da pessoa<sup>339</sup>.

Estas regras, pois, não só afirmavam limites ao *ius includendi et excludendi* como ainda detalhavam minuciosamente alguns deles, quer enquadrando a forma do respetivo exercício, quer limitando os motivos com base nos quais eles podiam ser exercidos, quer ainda protegendo determinadas categorias de estrangeiros, de uma forma que só agora a jurisprudência contemporânea começa, timidamente, a afirmar. Apesar de se deixar alguma margem de apreciação aos Estados, nomeadamente no que toca à salvaguarda da ordem pública, segurança nacional, etc., as regras indicavam princípios de conduta do Estado e, assim, reflexamente, a tutela de um “mínimo” de direitos a favor do estrangeiro<sup>340</sup>.

Não obstante, mais do que centradas na ideia de respeito pelos *direitos do indivíduo*, estas regras ancoravam-se no objetivo das *boas relações interestaduais*<sup>341</sup>. Demonstrativa desta filosofia é a afirmação de que as regras relativas à entrada de estrangeiros no país, bem como as

---

<sup>336</sup> Esses estrangeiros só poderiam ser expulsos em casos de extradição, se constituíssem uma ameaça para a segurança pública, se tivessem sido considerados culpados ou fortemente suspeitos de ataques à imprensa, ou contra um Estado ou soberano estrangeiro ou suas instituições (desde que essas infrações fossem puníveis pelo Estado expulsante). Poderiam ainda ser expulsos os estrangeiros que, em contexto de Guerra, comprometessem, pela sua conduta, a segurança do Estado (art. 40.º). A expulsão dos estrangeiros “domiciliados” teria ainda de ser levada a cabo de forma a que «não traisse a confiança que estes tinham depositado nas leis do Estado» (art. 41.º). O Estado expulsante deveria, por fim, possibilitar a liquidação de todos os interesses, ativos e passivos, possuídos por esses estrangeiros.

<sup>337</sup> Arts. 9.º e 10.º.

<sup>338</sup> Art. 17.º. Não obstante, as regras admitiam a possibilidade de execução da expulsão antes da decisão do recurso.

<sup>339</sup> Note-se, no entanto, que as regras admitiam, em certos casos, as expulsões coletivas, apeladas de *extraordinárias*.

<sup>340</sup> Assim, BRUNO NASCIBENE, *Il Trattamento dello Straniero...*, p. 261.

<sup>341</sup> MARIA LUÍSA DUARTE, *A Liberdade de circulação...*, p. 31

decisões de expulsão, deveriam ser levadas, o mais brevemente possível, ao conhecimento dos governos de que os expulsandos eram nacionais. Por outro lado, asseguravam que, enquanto fossem feitas no respeito das referidas normas, as expulsões estariam ao abrigo de qualquer reclamação diplomática<sup>342</sup>. Estas regras são, pois, ainda testemunhas de uma conceção clássica do direito internacional<sup>343</sup>. O indivíduo era um simples beneficiário indireto das mesmas. Não obstante, foram um marco importante no que toca a assinalar limites ao *ius includendi et excludendi*.

## 8.2. A ATIVIDADE DOS TRIBUNAIS ARBITRAIS

Para além das referidas regras do Instituto de Direito Internacional, que reconheceram paulatinamente limites ao exercício dos poderes estaduais do *ius includendi et excludendi*, - ao arrepio da tendência que paralelamente se fazia sentir na *Supreme Court* do EUA - há que referir várias decisões de tribunais arbitrais, que, sobretudo a partir de finais do séc. XIX, reconheciam também o *ius includendi et excludendi*, mas sublinhando limites ao mesmo. Alguns autores apontam diversos casos em que, por um lado, a jurisprudência arbitral fixou causas de expulsão não legítimas e, por outro, procedeu a um juízo de controlo de proporcionalidade entre os fins invocados pelo Estado expulsante e a medida de expulsão<sup>344</sup>. LAUTERPACHT referia que, muitos antes de a «doutrina do abuso de direito de expulsão» ser introduzida, os tribunais internacionais já a aplicavam em substância. Assim, ao mesmo tempo que reconheciam o direito de expulsão, assinalavam que o mesmo era um direito limitado, que poderia constituir abuso de direito nos casos em que um estrangeiro, que tivesse sido autorizado a residir no território, e aí tivesse estabelecido o seu lar e vida profissional, fosse expulso sem razão justa<sup>345</sup>.

Outras decisões sublinhavam ainda que a expulsão não podia ser acompanhada de danos ou sofrimentos considerados desnecessários. Particularmente representativo é o caso *Maal*, de 1903, que levou à condenação da Venezuela no pagamento de uma indemnização a um cidadão holandês que foi humilhado e ridicularizado em público antes da expulsão<sup>346</sup>. O tribunal arbitral começou por recordar que qualquer Estado tem o poder de recusar a entrada ou de expulsar estrangeiros do território se os mesmos se revelem prejudiciais para a ordem pública ou bem-estar estadual. No entanto, sublinhou que, mesmo nesses casos, a expulsão devia ser levada a cabo com respeito pela pessoa expulsa e pela sua propriedade.

Noutras ocasiões, a jurisprudência arbitral teve ocasião de afirmar que o Estado que decidisse expulsar ou não admitir um estrangeiro teria de fundamentar os motivos que justificassem a aplicação dessa medida<sup>347</sup>. Apesar de se reconhecer uma certa margem de

---

<sup>342</sup> Arts. 11.º, 19.º e 38.º. Sobre o mecanismo da proteção diplomática enquanto forma de proteção dos direitos dos estrangeiros v., *infra*, Parte II, ponto. 1.2.

<sup>343</sup> Sobre a conceção clássica do direito internacional, v. ANTONIO TRUYOL Y SERRA, *Historia del derecho internacional público...*, ANTONIO CASSESE, *International Law...*, p. 256 e ss., JÓNATAS MACHADO, *Direito Internacional...*

<sup>344</sup> SYLVIE SAROLÉA, *Droits de l'Homme...*, p. 455, ANNE LISE DUCROQUETZ, *L'Expulsion des Étrangers...*, p. 17.

<sup>345</sup> *Function of Law in the International Community...*, p. 289.

<sup>346</sup> Mixed Claims Commission Netherlands-Venezuelan, *Maal case*, 1903, *Reports of the International Arbitral Awards*, vol. X, United Nations, 2006, p. 730-733.

<sup>347</sup> Mixed Claims Commission Belgium-Venezuela, *Boffolo y Paquet case*, 1903, *Reports of the International Arbitral Awards*, vol. IX, United Nations, 2006, p. 319 e ss., onde se afirmou que o direito de expulsar estrangeiros,

discricionariedade do Estado no que respeita ao que poderiam constituir esses motivos, afirmou-se que os mesmos poderiam ser sujeitos a censura por parte dos tribunais arbitrais se fossem usados para fins estranhos à sua função – *v.g.*, intenção de confiscar bens do estrangeiro, extradição disfarçada, etc.<sup>348</sup>.

Estes vários exemplos demonstram que a jurisprudência arbitral contemporânea à afirmação das teorias maximalistas do *ius includendi et excludendi* assinalava já alguns limites a esse poder de soberania. Não obstante, a afirmação desses limites ancorava-se também aqui ainda numa conceção clássica do direito internacional. Os limites respeitantes à necessidade de motivos de expulsão justos e da aplicação de um procedimento de expulsão também ele justo não decorreriam de *direitos correspondentes dos indivíduos*, mas sim de *direitos dos Estados da nacionalidade* dos mesmos<sup>349</sup>.

Não obstante, a constatação de que as decisões sobre imigração por parte de um Estado interferiam necessariamente nos demais, constitui ainda, contemporaneamente, uma ideia que dita algumas opções em matéria de política de imigração.

O sistema de queixas relativas a expulsões perante tribunais arbitrais encontra-se hoje já ultrapassado, face ao crescente número de convenções internacionais destinadas à proteção dos direitos da pessoa humana<sup>350</sup>.

### 8.3. A DOCTRINA

Na doutrina de finais do séc. XIX e inícios do séc. XX, o princípio do *ius includendi et excludendi* propagou-se e começou a ser repetido de obra em obra, passando a constituir um dogma auto fundamentado. Neste contexto, são ilustrativas as palavras de ROBERT PHILLIMORE, quando afirma a existência de um princípio de direito internacional, de acordo com o qual o governo de um Estado pode proibir a entrada de estrangeiros no país<sup>351</sup>. No mesmo sentido, refere RICHARD WILDMAN que todos os soberanos têm o direito de permitir ou recusar a entrada de estrangeiros nos seus territórios e de prescrever os termos em que se deve processar a residência de estrangeiros nesse território<sup>352</sup>.

No entanto, surgiam duas tendências antagónicas. De um lado, alguns autores, de uma forma geral anglo-saxónicos, afirmavam que os Estados possuíam um poder de controlo de acesso dos estrangeiros ao território, defendendo uma discricionariedade ampla no que toca ao exercício desses poderes. Já a doutrina “continental”, defendia que, em alguns casos, os Estados poderiam ter verdadeiros deveres de admissão dos estrangeiros<sup>353</sup>.

---

sendo embora geralmente reconhecido, apenas poderia ser exercido por imperativos de ordem pública, se o Estado considerasse o estrangeiro um perigo para a mesma.

<sup>348</sup> JEAN COMBACAU & SERGE SUR, *Droit International Public...*, p. 369.

<sup>349</sup> *Ibidem...*, p. 369.

<sup>350</sup> ANNE LISE DUCROQUETZ, *L'Expulsion des Étrangers...*, p. 41.

<sup>351</sup> ROBERT PHILLIMORE, *International Law...*, p. 32.

<sup>352</sup> RICHARD WILDMAN, *Institutes of International Law...*, p. 58. Um eventual direito de entrada e de permanência seria configurado como um *direito do Estado de acolhimento* a receber e a não ser impedido de receber – ou obrigado a expulsar – estrangeiros.

<sup>353</sup> Para uma enumeração de várias obras na matéria, v. CLEMENT L. BOUVÉ, *A Treatise on the Laws...*, p. 4, RICHARD PLENDER, *International Migration Law...*, p. 52 e ss., JAMES A.R. NAFZIGER, “The General Admission...”, p. 807 e KARL DOEHRING, “Aliens, Admission...”, p. 107.

De facto, vários autores, maioritariamente europeus continuavam a usar, nos finais do séc. XIX e XX, formulações que muito se assemelhavam às que primitivamente fundamentavam o *ius communicationis*<sup>354</sup>. Nessa época assistiu-se, de facto, ao renascimento das ideias escolásticas a favor de um direito a comunicar entre as nações como expressão da solidariedade internacional. Neste contexto, são representativas as palavras de VICENTE FERRER NETO PAIVA, que afirmava: «a propriedade nacional não é pois motivo para obstar ao trânsito dos estrangeiros, e tirar às nações o direito de correr a terra para o commercio e outras comunicações, que os homens hão mister»<sup>355</sup>.

OPPENHEIM, apesar de considerar que não se podia falar verdadeiramente de um direito de os Estados manterem relações entre si, sublinhava que as relações interestaduais eram uma nota essencial da sociedade internacional. Como consequência, na 5ª edição do seu *Tratado* admitia que um Estado não poderia excluir todos os estrangeiros do seu território sem violar o espírito do direito internacional e pôr em risco a sua qualidade de membro da comunidade das nações<sup>356</sup>. A partir da 5ª edição, editada por H. LAUTERPACHT, essa afirmação já se encontra moderada. Após admitir que o Estado tem o poder de expulsar livremente um estrangeiro que tenha entrado no seu território, sublinha-se que o poder de expulsão de estrangeiros não deve ser exercido de forma *arbitrária*<sup>357</sup>. Defendia ainda que a expulsão dos estrangeiros que tenham residido no Estado em causa por um período de tempo mais longo merecia proteção acrescida<sup>358</sup>. Por outro lado, a expulsão devia ser levada a cabo de forma *humanitária*<sup>359</sup>. No entanto, o autor não configurava estas obrigações do Estado como deveres a que corresponderia um direito de entrada ou de permanência *do estrangeiro* no território de acolhimento, mas sim como deveres a que corresponderia um direito *do Estado de origem* a não ver os seus nacionais tratados de forma arbitrária. A conceção tradicional de direito internacional ainda marcava, pois, a visão do problema.

Na mesma ordem de ideias, VERDROSS, apesar de negar um dever dos Estados de admitir os estrangeiros no território, referia que decorria do direito internacional comum que nenhum Estado se podia fechar *arbitrariamente* ao exterior<sup>360</sup>. Assim, para o autor, quando, por exemplo, um Estado pouco povoado proibisse sem mais a imigração, incorria em abuso de direito<sup>361</sup>. É, neste ponto, visível, a influência do *ius communicationis*. Para além do mais, afirmava que, embora os estrangeiros não possuíam um *direito à residência*, o direito internacional proibia os Estados de levar a cabo expulsões de forma arbitrária<sup>362</sup>. Assim, a expulsão só seria lícita se alicerçada em motivos suficientes. Esses motivos não coincidiam com os de recusa de entrada de estrangeiros, tendo de ser mais exigentes. Consistiam nos seguintes: (1) ameaça à segurança, ordem e saúde pública do Estado de residência, (2) ofensa

---

<sup>354</sup> CECILIA CORSI, “Diritti Fondamentali e Cittadinanza...”, p. 798.

<sup>355</sup> VICENTE FERRER NETO PAIVA, *Elementos de Direito...*, p. 11.

<sup>356</sup> L. OPPENHEIM, *International Law...*, p. 537.

<sup>357</sup> «Although a State may exercise its right of expulsion according to discretion it must not abuse its right by proceeding in an arbitrary manner». L. OPPENHEIM, *International Law...*, p. 551. Referem-se, nesse seguimento, a existência de causas justas de expulsão, que seriam dependentes das circunstâncias do caso concreto.

<sup>358</sup> Cf. L. OPPENHEIM, *International Law...*, p. 550.

<sup>359</sup> «Expulsion must therefore be effectuated with as much forbearance and indulgence as the circumstances and conditions of the case allow and demand, especially when compulsion is meted out to a domiciled alien». Cf. L. OPPENHEIM, *International Law...*, p.552.

<sup>360</sup> ALFRED VERDROSS, *Derecho Internacional Publico...*, p. 287.

<sup>361</sup> *Idem*, p. 288.

<sup>362</sup> *Idem*, p. 295.



ao Estado de residência, (3) ameaça ou ofensa a outros Estados, (4) prática de delitos dentro ou fora do país, (5) prejuízos económicos causados ao Estado de residência, (6) residência no país sem autorização<sup>363</sup>. O autor resume esses motivos à ideia geral de o comportamento do estrangeiro constituir uma perturbação ou um perigo para o Estado de residência. Para além disso, o autor reconhecia limites no que toca à *forma de execução* da expulsão, correspondentes aos «princípios que os Estados civilizados consideram como constituindo exigências mínimas dos procedimentos de expulsão, como o respeito pelos imperativos mínimos de humanidade e salubridade». Um deles seria a necessidade de se assegurar um recurso jurisdicional<sup>364</sup>. Em suma, e fortemente influenciado pelos princípios do *ius communicationis* e também pelos princípios de humanidade, o autor concluía que o direito internacional impõe limites ao *ius excludendi* tendo em vista o *bem comum da humanidade*.

PRADIER-FODÉRE, por seu turno, referia que a expulsão apenas seria legítima se se demonstrasse que a presença do estrangeiro constituía uma ameaça real e efetiva à paz ou segurança dos governadores ou dos governados<sup>365</sup>.

Ora, se os escritores anglo-americanos se inclinavam tendencialmente a favor de uma conceção absoluta do *ius includendi et excludendi*, as obras na matéria não deixaram de começar a receber influências da doutrina europeia, passando a reconhecer também limites a esses poderes. Assim, o académico americano BORCHARD defendia que a comunicação internacional era essencial para a existência da sociedade dos Estados. Um Estado que escolhesse expulsar todos os estrangeiros violaria o espírito do direito internacional e colocaria em perigo a sua qualidade de membro na sociedade internacional<sup>366</sup>. Este autor encarava o poder de controlar a entrada e permanência de estrangeiros no território como um poder que não poderia ser tido como absoluto nem exercido arbitrariamente, mas que teria de ser efetuado no respeito de limites derivados de obrigações impostas aos Estados pelo direito internacional. Esses limites poderiam recair, por exemplo, na limitação das causas justificativas de aplicação de uma medida de expulsão, bem como no procedimento conducente à efetivação da mesma<sup>367</sup>.

Entretanto, na Europa, o grego NICOLAS POLITIS, desenvolvia por volta de 1925 a célebre «teoria do abuso do direito de expulsão». Inspirado na teoria privatista do abuso do direito, o autor defendia que, se um Estado expulsasse um estrangeiro de forma arbitrária, quer pela insuficiência dos motivos, quer pela preterição de determinadas formalidades, estaria a exercer uma medida viciada por excesso de poder<sup>368</sup>.

Esta doutrina foi retomada por diversos autores, nomeadamente pelo americano ROTH. Este autor, seguindo o pensamento de POLITIS e também de BORCHARD, referia que o Estado tinha o direito de expulsar um estrangeiro a qualquer momento, se a sua presença no território se tivesse tornado indesejável, mas a expulsão não poderia ser *arbitrária*<sup>369</sup>. Por seu turno, o juiz japonês do Tribunal Internacional de Justiça, SHIGERU ODA, defendia que os

---

<sup>363</sup> *Idem*, p. 296.

<sup>364</sup> *Ibidem*.

<sup>365</sup> CLEMENT L. BOUVÉ, *A Treatise on the Laws...*, p. 12.

<sup>366</sup> Cf. EDWIN M. BORCHARD, *The Diplomatic Protection...*, p. 45.

<sup>367</sup> EDWIN M. BORCHARD, *The Diplomatic Protection...*, p. 49.

<sup>368</sup> NICOLAS POLITIS, “Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l’abus de droit ...”.

<sup>369</sup> ANDREAS HANS ROTH, *Minimum Standard...*, p. 50.

fundamentos para a expulsão de estrangeiros podiam ser determinados por cada Estado de acordo com os seus próprios critérios, mas que o direito de expulsão não podia ser *abusado*<sup>370</sup>.

Note-se, uma vez mais, que os referidos limites eram encarados por estes autores ainda numa perspetiva clássica do direito internacional: o estrangeiro não podia invocar os mesmos individualmente, pelo que eles apenas teriam utilidade nas relações entre o Estado territorial e o Estado da nacionalidade do indivíduo, se o mesmo julgasse oportuno exercer a proteção diplomática a favor do seu cidadão<sup>371</sup>. Uma mudança de perspetiva foi só alcançada com a assinatura dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.

A doutrina de finais dos séculos XIX e até meados do séc. XX veio pois, reconhecer por um lado o *ius includendi et excludendi* como atributo inerente à soberania dos Estados e, por outro, assinalar limites ao mesmo. Concomitantemente, generalizavam-se os controlos migratórios nos Estados, como forma sistemática de regular os movimentos de pessoas através das fronteiras.

---

<sup>370</sup> SHIGERU ODA, “The individual...”, p. 469.

<sup>371</sup> JEAN COMBACAU & SERGE SUR, *Droit International Public...*, p. 369.

## CAPÍTULO II

### A SEDIMENTAÇÃO DA DOUTRINA TRADICIONAL E SUA TRANSPOSIÇÃO PARA A PRÁTICA

Os finais do séc. XIX e inícios do séc. XX coincidiram com a generalização da doutrina tradicional da aceitação do *ius includendi et excludendi*, e com a efetivação da mesma na prática, através da implementação sistemática dos controlos migratórios. É essa nova fase, em que o *ius includendi et excludendi*, e a negação de um direito à imigração já se encontra generalizado, que pretendemos agora analisar, nos seus traços mais essenciais, e dando especial relevo à situação no nosso país. Assim, no presente capítulo, iremos dando conta do contexto generalizado relativo à expansão e implementação prática da doutrina tradicional, e averiguaremos, em particular, de que forma a mesma foi sendo acolhida em Portugal<sup>372</sup>. Analisaremos também o surgimento e desenvolvimento de uma política europeia comum de imigração.

#### 1. O SURGIMENTO DOS CONTROLOS MIGRATÓRIOS NOS INÍCIOS DO SÉC. XX

A partir da segunda metade do séc. XIX, quando o fenómeno migratório assumiu maior dimensão, a imigração passou a ser objeto de regulação sistemática por parte dos Estados.

Como se viu, foi nos EUA que as primeiras medidas de controlo da imigração tomaram uma forma jurídica, destinada à implementação de políticas de imigração seletivas<sup>373</sup>. Com o surgimento das ideias do protecionismo económico e social, os países de imigração americanos começaram a adotar uma disciplina mais rigorosa, destinada a regular qualitativa e quantitativamente o ingresso de estrangeiros<sup>374</sup>. Também na Europa o desenvolvimento sistemático do controlo da imigração coincidiu com o final do século XIX e inícios do século XX. Nessa época, vários Estados da Europa começaram a preocupar-se com o bem-estar dos seus nacionais, implementando medidas legislativas destinadas à proteção da mão de obra local<sup>375</sup>.

No séc. XX generalizaram-se os controlos nas passagens de fronteiras. Alguns autores referem que a era do controlo da imigração na Europa foi inaugurada com a lei de imigração do Reino Unido de 1905, destinada a restringir a imigração dos judeus de leste da Europa<sup>376</sup>. As autorizações de imigração para efeitos de trabalho foram introduzidas pela primeira vez na Prússia, em 1907<sup>377</sup>. Refere-se, porém, que terá sido a partir da Iª Guerra Mundial que o

---

<sup>372</sup> Para uma visão geral da evolução histórica da imigração em Portugal, v. MARIA BEATRIZ ROCHA TRINDADE, “História da Imigração em Portugal...”, p. 170 e ss.

<sup>373</sup> ALAN DOWTY, *Closed Borders...*, p. 53.

<sup>374</sup> BRUNO NASCIMBENE, *Il Trattamento dello Straniero...*, p. 2229 e ss. e FRANÇOIS RIGAUX, “L’Immigration...”, p. 696.

<sup>375</sup> CECILIA CORSI, *Lo Stato e lo Straniero...*, p. 44. e CLIFFORD ROSENBERG, *Policing Paris...*, p. 200.

<sup>376</sup> VINCENT CHÉTAIL, “The Transnational Movement of Persons...”, p. 31.

<sup>377</sup> GERASSIMOS FOURLANOS, *Sovereignty and the Ingress...*, p. 34.

postulado soberano de admissão dos estrangeiros foi erigido em verdadeiro paradigma<sup>378</sup>. São apontadas várias razões para esse efeito, como considerações de natureza militar, ou mesmo motivos ideológicos, surgidos na sequência da revolução soviética<sup>379</sup>. Por outro lado, a então emergente política de imigração restritiva dos EUA, fez com que muitos imigrantes tivessem de passar a procurar refúgio apenas dentro da Europa. Esse facto contribuiu para que a França se tornasse, na época, o maior destino mundial de imigração<sup>380</sup>. Este país não tardou a responder com leis anti-imigração, destinadas à proteção do mercado de trabalho nacional<sup>381</sup>. A partir de 1914 proliferaram nesse país os sistemas de controlo de documentação, de identificação, de registo de estrangeiro, de autorizações e passaportes<sup>382</sup>.

Na conferência internacional sobre tratamento dos estrangeiros, que teve lugar em Paris, em 1929, realizou-se um projeto de convenção que não conduziu a resultados práticos, mas no qual se mencionava expressamente que as partes contratantes eram livres de regular a admissão de estrangeiros nos seus territórios<sup>383</sup>.

Vários Estados europeus adotavam, entretanto, várias restrições à mobilidade das pessoas, como a proibição de entrada nos territórios sem passaporte ou visto ou obrigação de declaração de residência junto das autoridades locais<sup>384</sup>. Nessa época foi adotado em Portugal o Decreto n.º 18415 de 3 de junho de 1930. Este diploma não regulava o controlo da imigração de forma sistemática, mas apenas a contratação de trabalhadores estrangeiros, com um claro intuito restritivo. O preâmbulo do diploma justificava a sua adoção com a crise do desemprego: «verificando em certo modo a colisão do interesse nacional, sagrado acima de tudo, com interesses estranhos à grei, embora respeitáveis, não hesita em proclamar e declarar a supremacia daquele, certo que deste modo o acautela e defende», lia-se. Assim, determinava-se que todas as empresas comerciais ou industriais que exercessem a sua atividade no território continental só podiam ter ao seu serviço empregados de nacionalidade portuguesa, enquanto constasse dos registos do Governo a existência de desempregados<sup>385</sup>. Tais empresas só podiam ter estrangeiros ao seu serviço mediante autorização do Ministério do Interior, requerida em «petição fundamentada».

## 2. A GENERALIZAÇÃO DOS CONTROLOS MIGRATÓRIOS APÓS A IIª GRANDE GUERRA

A IIª Guerra Mundial e a Grande Depressão deram um novo impulso à implementação prática da doutrina do *ius includendi et excludendi*, devido à instabilidade política e económica e à suspeição reinante entre os Estados, que levou a um abandono da ideia de comércio e

---

<sup>378</sup> VINCENT CHÉTAIL, “Migration...”, p. 24.

<sup>379</sup> GERASSIMOS FOURLANOS, *Sovereignty and the Ingress...*, p. 34.

<sup>380</sup> CLIFFORD ROSENBERG, *Policing Paris...*, p. 199.

<sup>381</sup> WILLIAM WALTERS, “Deportation, Expulsion...”, p. 279.

<sup>382</sup> *Idem*, p. 280.

<sup>383</sup> ANDREAS HANS ROTH, *Minimum Standard...*, p. 44.

<sup>384</sup> Assim, em 1922 em Itália. Cf. GIANLUCA BRAGA, “Il «diritto clandestino»...”, p. 45.

<sup>385</sup> Art. 1.º. Excetuavam-se, contudo, os indivíduos de nacionalidade brasileira, bem como as empresas que no momento já possuíssem trabalhadores estrangeiros §1.-2. Ressalvavam-se ainda os direitos provenientes das cláusulas estipuladas em tratados ou convenções assinadas por Portugal (§3.).

comunicações internacionais<sup>386</sup>. A vigilância sobre os desertores e a espionagem, entre outras razões, criaram a necessidade de reforçar o controlo das fronteiras<sup>387</sup>. Foi também nesta época que se instaurou de forma sistemática o controlo dos passaportes e dos controlos modernos da imigração<sup>388</sup>. Paralelamente, devido à guerra, os movimentos migratórios ganhavam um novo impulso. Alguns autores equiparam-nos, em termos quantitativos, às migrações de massa de finais do séc. XIX<sup>389</sup>.

A partir de então, generalizou-se a ideia de que a estadia de estrangeiros no território era um privilégio concedido unilateralmente, em regra limitado no tempo, e de qualquer forma sempre sujeito a um *alias* de evolução da lei, ou de outros fatores externos. Mas se alguns autores apontam este período como aquele em que vários Estados decidiram adotar legislação destinada a restringir e a reduzir a imigração<sup>390</sup>, outros referem que, durante o mesmo, muitos países da Europa ocidental encaravam a imigração como um meio para a reconstrução e crescimento, existindo pouco controlo na prática e pouca ou nenhuma planificação do que se poderia considerar uma «política de imigração»<sup>391</sup>.

Por outro lado, o período do Pós IIª Guerra foi também marcado com o surgimento do direito internacional dos direitos humanos, que foi determinante para os posteriores destinos do estrangeiro. De facto, com a Carta das Nações Unidas de 1945, a DUDH de 1948, a CEDH de 1950, e os Pactos Internacionais de 1966, passaram-se a garantir direitos a todas as pessoas, incluindo os estrangeiros, o que não deixou de ter, como se verá ao longo da presente dissertação, fortes implicações na forma de se encarar quer os direitos reconhecidos a estes últimos, quer ainda os limites ao exercício do *ius includendi et excludendi*.

### 3. O CONTROLO DA IMIGRAÇÃO NOS ANOS 60 E 70

#### 3.1. CONTEXTO

O pós-Guerra marcou, em alguns países, um processo de recrutamento ativo de trabalhadores imigrantes, devido à falta de trabalhadores nacionais. Países como a Áustria, a Alemanha e a Holanda promoveram esse recrutamento, inicialmente junto de países como Portugal, Espanha, Itália e Grécia e, mais tarde, dos países do Magrebe e da Turquia<sup>392</sup>. A vaga de imigração era então composta essencialmente por trabalhadores estrangeiros do sexo masculino, que vinham colmatar as necessidades de mão de obra das economias afetadas pela guerra e que, por isso, era visto como tendencialmente temporária, prevendo os

---

<sup>386</sup> ANDREAS HANS ROTH, *Minimum Standard...*, p. 46, RICHARD PLENDER, *International Migration Law...*, p. 58.

<sup>387</sup> ANDREIA SOFIA PINTO OLIVEIRA, *O Direito de Asilo...*, p. 56.

<sup>388</sup> CLIFFORD ROSENBERG, *Policing Paris...*, p. 6.

<sup>389</sup> JAMES F. HOLLIFIELD, “The Emerging Migration State”, p. 62 e ss.

<sup>390</sup> RICHARD PLENDER, *International Migration Law...*, p. 63.

<sup>391</sup> GALLYA LAHAV, *Immigration and Politics...*, p. 29.

<sup>392</sup> PIETER BOELES, MAARTEN DEN HEIJER, GERRIE LODDER & KEES WOUTERS, *European Migration Law...*, p. 26.

Governos que os mesmos regressariam para os países de origem quando já não se verificassem os altos níveis de procura de mão de obra<sup>393</sup>.

Nos anos 70, a imigração tornou-se um assunto presente no debate político dos países ocidentais<sup>394</sup>. Este é o período que comumente se aponta como sendo aquele em que se «encerraram as fronteiras» na Europa, por ter deixado de ser necessária a entrada de novos trabalhadores migrantes, e se ter instalado uma crise económica e social, na sequência da crise do petróleo de 1973<sup>395</sup>. Generalizaram-se medidas governamentais de restrição da imigração laboral e de incentivos à repatriação dos imigrantes. Datam também desta época as primeiras medidas significativas de deportação como instrumento de política de «exportação do desemprego»<sup>396</sup>.

No entanto, se a maior parte dos imigrantes eram imigrantes temporários, provenientes do sul da Europa, e que regressaram aos seus países de origem, muitos outros, provenientes do Norte de África e da Turquia permaneceram nos países de imigração, passando a sua presença a ser permanente. Nessa sequência, cresceram os pedidos de reagrupamento familiar, destinados a que os membros das famílias dos imigrantes estabelecidos se pudessem vir juntar a eles nos países de acolhimento<sup>397</sup>.

Por outro lado, os movimentos migratórios não deixaram de crescer, levando à generalização da imigração ilegal<sup>398</sup>. De facto, nas décadas seguintes, os conflitos armados nos países da Europa de leste, as guerras civis nos países de África, entre outros, provocaram mesmo um aumento nos números de deslocações internacionais<sup>399</sup>. Simultaneamente, os processos de descolonização em vários países não só levaram a que muitos europeus regressassem às suas pátrias, como ainda a que muitos nativos procurassem a Europa para aí se estabelecerem. Estas pessoas eram não só imigrantes voluntários, mas também imigrantes forçados, que fugiam dos conflitos existentes nos seus países<sup>400</sup>.

### 3.2. PORTUGAL

Em Portugal, o processo de descolonização veio marcar uma nova fase nos movimentos migratórios<sup>401</sup>. Para além daquele que foi considerado o maior movimento populacional da história recente de Portugal – o dos chamados “retornados”<sup>402</sup>, – o país tornou-se um pólo

---

<sup>393</sup> JOÃO CARVALHO, *A Política de Imigração...*, p. 31.

<sup>394</sup> JAMES F. HOLLIFIELD, “The Emerging Migration State”, p. 64.

<sup>395</sup> GALLYA LAHAV, *Immigration and Politics...*, p. 30.

<sup>396</sup> WILLIAM WALTERS, “Deportation, Expulsion...”, p. 279.

<sup>397</sup> PIETER BOELES, MAARTEN DEN HEIJER, GERRIE LODDER & KEES WOUTERS, *European Migration Law...*, p. 27.

<sup>398</sup> CRISTINA GORTAZAR, “Abolishing Border Controls...”, p. 122.

<sup>399</sup> SYLVAIN GRATALOUP, *L'enfant et sa famille...*, p. 179.

<sup>400</sup> PIETER BOELES, MAARTEN DEN HEIJER, GERRIE LODDER & KEES WOUTERS, *European Migration Law...*, p. 26.

<sup>401</sup> A população estrangeira a residir legalmente em Portugal cresceu ao ritmo anual de 12,7 por cento entre 1975 e 1980, estimando-se que no início da década de oitenta residissem cerca de 58 000 cidadãos estrangeiros em Portugal. V. MARIA IOANNIS BAGANHA & JOSÉ CARLOS MARQUES, *Imigração e Política...*, p. 15 e ss.

<sup>402</sup> Sobre este aspeto, v. RUI PENA PIRES, *Migrações e Integração...*

de atração para um largo contingente de africanos. Até então, de facto, a população estrangeira residente em Portugal era diminuta<sup>403</sup>.

Vários diplomas foram aprovados em resposta ao aumento dos fluxos migratórios. Primeiro, foi adotado o Decreto-Lei n.º 189-B/76, de 15 de março, que estabelecia as condições em que estrangeiros podiam ser expulsos do país. Esse diploma determinava que podiam ser expulsos do território português aqueles que nele tivessem entrado clandestinamente, bem como os que atentassem contra a segurança nacional, a ordem pública ou os bons costumes, que participassem ativamente em ações políticas sem para tal estarem devidamente autorizados ou não respeitassem as condições da sua estadia (art. 1.º).

Foi depois adotado o Decreto-Lei n.º 97/77, de 17 de março, que regulamentava o trabalho de estrangeiros em território português. Este diploma estabelecia limites quantitativos no que toca ao número de trabalhadores estrangeiros que as empresas portuguesas podiam contratar. Exigia-se ainda um registo dos trabalhadores estrangeiros, bem como a posse de documentação comprovativa do cumprimento das disposições legais relativas à permanência ou residência em Portugal.

## 4. A POLÍTICA DE IMIGRAÇÃO NOS ANOS 80 E 90

### 4.1. CONTEXTO

Nos anos 80, de uma forma geral, o fenómeno da imigração tinha evoluído nos países da Europa ocidental, deixando de ser encarado como meramente económico e demográfico, para passar a ser visto como um fenómeno também social e político. Alguns autores apelidam esta época como a era da «politização da imigração», passando a imigração a fazer parte dos programas de governo, dos discursos eleitorais e dos movimentos cívicos<sup>404</sup>. O conceito de “política de imigração” passou assim, a fazer parte do léxico das políticas públicas estaduais, visando referir-se à política de regulação ou controlo dos estrangeiros, englobando as leis e procedimentos que fundamentam a admissão e seleção dos cidadãos estrangeiros que podem entrar e permanecer no país, sejam eles imigrantes laborais, imigrantes temporários ou refugiados<sup>405</sup>.

Nos anos 90, os movimentos migratórios sofreram um novo impulso, com a intensificação dos chamados *push e pull factors*<sup>406</sup>, como as disparidades de condições de vida entre os países de origem e os países de destino, catástrofes naturais, conflitos armados, violações sistemáticas dos direitos humanos, rivalidades étnicas e xenofobia, e violência sob diversas formas<sup>407</sup>. Os movimentos migratórios alcançaram, nesta época, uma dimensão sem

---

<sup>403</sup> Para uma análise sociológica, v. ANTÓNIO BARRETO & CLARA VALADAS PRETO, “Indicadores da Evolução Social”, p. 73 e para uma análise estatística, v. CATARINA REIS OLIVEIRA, JOÃO CANCELA & VERA FONSECA, *Country Report: Portugal...*, p. 22 e ss.

<sup>404</sup> GALLYA LAHAV, *Immigration and Politics...*, p. 30.

<sup>405</sup> Sobre as especificidades da política de imigração face a outras políticas públicas, v. JOÃO CARVALHO, *A Política de Imigração...*, p. 22.

<sup>406</sup> Os chamados *push and pull factors* podem ser definidos como os fatores que levam os imigrantes a sair dos seus países de origem (*push factors*), ou que os atraem para determinados países de acolhimento (*pull factors*). V. INTERNATIONAL ORGANISATION FOR MIGRATION, *Glossary on Migration...*, p. 49.

<sup>407</sup> ANTÓNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, “Le Déracinement...”, p. 293.

precedentes, a qual foi também favorecida pela melhoria dos meios de comunicação e de transporte, e pela “globalização”<sup>408</sup>. De facto, «a crescente mobilidade, acompanhada de maior consciência das assimetrias nacionais, levou ao desejo concretizável de deslocação de pessoas»<sup>409</sup>.

#### 4.2. O SURGIMENTO E DESENVOLVIMENTO DE UMA POLÍTICA EUROPEIA COMUM DE IMIGRAÇÃO

Nos anos 80 e 90 começou a desenhar-se a construção de uma política europeia comum de imigração<sup>410</sup>. Tal construção foi paulatina. Durante bastante tempo, a regulação da entrada dos nacionais de países terceiros que não possuísem nenhum vínculo com cidadãos da União nos territórios dos Estados-Membros era um assunto que apenas dizia respeito às ordens jurídicas internas, e não ao direito comunitário, preocupado em estabelecer condições para o pleno funcionamento do mercado interno, onde os estrangeiros e suas famílias não tinham um papel a desempenhar.

Até à entrada em vigor do Ato Único Europeu (AUE), em 1 de julho de 1987<sup>411</sup>, a matéria relativa ao tratamento dos estrangeiros apenas se abordava em *fora* de debate<sup>412</sup>. A partir desse instrumento, deu-se o impulso para a inscrição da matéria de imigração nas questões de interesse comum aos vários Estados-Membros. O art. 13.º do AUE menciona o estabelecimento progressivo do mercado interno, o qual compreende um espaço sem fronteiras internas, e em que a livre circulação das pessoas é assegurada. Nas declarações anexas ao AUE estabelecia-se, por um lado, que nada nessas disposições afetava o direito de os Estados-Membros tomarem as medidas que considerassem necessárias em matéria de controlo da imigração de países terceiros. Por outro, estabelecia-se que, «tendo em vista promover a livre circulação de pessoas, os Estados-Membros cooperam, sem prejuízo das competências da Comunidade, nomeadamente no que respeita à entrada, à circulação e à estada de cidadãos de países terceiros».

Entre 1986 e 1992 criaram-se diversos grupos de trabalho, como o grupo *ad hoc* de Imigração, no seio dos quais se redigiram alguns instrumentos jurídicos sobre a matéria<sup>413</sup>.

---

<sup>408</sup> ADRIAN FAVELL & ANDREW GEDDES, *European Integration, Immigration...*, p. 9. V. ainda, sobre este ponto, STEPHAN CASTLES & ALCESTAIR DAVIDSON, *Citizenship and Migration...*, p. 8 e ss., CATHERINE WIHTOL DE WENDEN, “Immigration and Globalisation...”, p. 48 e ss.

<sup>409</sup> GONÇALO SARAIVA MATIAS, *Migrações e Cidadania...*, p. 9.

<sup>410</sup> Sobre a construção de uma política comum de imigração, v. JACQUELINE MONTAIN-DOMENACH, *L'Europe de la Sécurité...*, KAY HAILBRONNER, *Immigration and Asylum...*, JOANNA APAP, “Recent Developments...”, p. 175 e ss., GIUSEPPE SCIORTINO & FERRUCIO PASTORE, “Immigration and European Immigration...”, p. 191 e ss., AA.VV., *La Politique Européenne...*, HENRI LABAYLE, “Vers une Politique...”, p. 11 e ss., SOPHIE GARCIA-JOURDAN, *L'émergence d'un espace européen...*, NUNO PIÇARRA, “O Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça no Tratado...”, “O Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça após a Assinatura do Tratado...”, “A União Europeia enquanto Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça...”, STEVE PEERS & NICOLA ROGERS, *EU Immigration...*, STEVE PEERS, *EU Justice and Home Affairs...*, JEAN-YVES CARLIER, “L'Europe et les Étrangers...”, p. 240 e ss., PHILIPPE DE BRUYCKER, “L'Émergence d'une Politique...”, p. 351 e ss.

<sup>411</sup> JO L 169 de 29/06/1987.

<sup>412</sup> Sobre o impulso dado pelo Ato Único Europeu na matéria, v. JOANNA APAP, “Transfer of Competence: Between Sovereignty...”, p. 47 e ss.

<sup>413</sup> Sobre os vários grupos *ad hoc* v., *inter alia*, ADRIAN FAVELL & ANDREW GEDDES, *European Integration, Immigration...*, p. 17 e LUIGINO MANCA, *L'Immigrazione nel Diritto...*, p. 39 e ss.



Contudo, fazia-se sentir entre alguns Estados-Membros o ensejo de instituírem entre si um espaço de livre circulação de pessoas através da abolição de controlos nas respetivas fronteiras internas e da “colocação em comum” dos respetivos territórios. Goradas as tentativas da criação do mesmo no quadro comunitário, cinco Estados-Membros (Alemanha, França e os três Estados do Benelux) celebraram em Schengen, a 14 de junho de 1985, um acordo destinado à supressão progressiva dos controlos nas fronteiras comuns, bem como uma convenção destinada à sua aplicação, assinada a 19 de junho de 1990<sup>414</sup>. Itália, Espanha, Portugal e Grécia aderiram quer ao acordo quer à convenção nos anos seguintes, bem como os demais Estados-Membros da UE, a quinze, à exceção do Reino Unido e da Irlanda.

A supressão dos controlos dentro das chamadas “fronteiras internas” – as fronteiras entre os Estados contratantes<sup>415</sup> - veio representar o primeiro grande limite ao exercício do *ius includendi et excludendi*. A definição de fronteira e a localização da mesma para efeitos de movimentos de pessoas alteraram-se assim significativamente. A fronteira estadual deixou de corresponder necessariamente ao local onde se efetua o controlo de movimento das pessoas, que passou para as *fronteiras externas*. Por seu turno, nas fronteiras externas, essas prerrogativas deixaram de ser exercidas por cada Estado individualmente, de acordo com o seu direito nacional, para passarem a ser exercidas de acordo com normas aprovadas pela própria UE<sup>416</sup>. Os Estados-Membros deixaram, enfim, de ter competência exclusiva para determinar quem entra e quem sai dos seus territórios.

Por outro lado, foi neste contexto da “colocação em comum dos vários territórios dos Estados-Parte”, que surgiu o embrião daquilo que viria a constituir o direito de imigração da UE. De facto, para se levar a cabo a almejada supressão de controlos, era necessário implementar-se medidas compensatórias, que se traduzissem num reforço do controlo das “fronteiras externas”. Surgiu assim a necessidade de estabelecimento de regras comuns em matéria de transposição de fronteiras, de vistos e de admissão e permanência de estrangeiros<sup>417</sup>.

No próprio seio da integração comunitária começou a sentir-se a necessidade de encarar as matérias relativas à imigração como matérias em relação às quais era necessária uma abordagem conjunta. As disparidades das leis nacionais em relação à admissão e à permanência de nacionais de países terceiros nos vários territórios traziam consequências

---

<sup>414</sup> Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen entre os Governos dos Estados da União Económica Benelux, da República Federal Alemanha e da República Francesa Relativo à Supressão Gradual dos Controlos nas Fronteiras Comuns.

<sup>415</sup> Para a noção de fronteira interna e fronteira externa, v. art. 2.º, n.º1 e 2, do Código de Fronteiras Schengen (Regulamento (CE) n.º 562/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2006, que estabelece o código comunitário relativo ao regime de passagem de pessoas nas fronteiras). V. ainda JACQUELINE MONTAIN-DOMENACH, *L'Europe de la Sécurité...*, p. 35, 76 e 78, SOPHIE GARCIA-JOURDAN, *L'émergence d'un espace européen ...*, p. 135 e ss. Sobre o regime do Código de Fronteiras Schengen v., em geral, NUNO PIÇARRA, “Direito da União Europeia ...”, p. 279 e ss., STEVE PEERS, *EU Justice and Home Affairs...*, p. 136 e ss., AA.VV., *EU Immigration and Asylum Law : Text and Commentary*, vol. I, p. 33 e ss.,

<sup>416</sup> Note-se, porém, que, o controlo das fronteiras externas da UE não é verdadeiramente equivalente a um controlo “federal”, já que é levado a cabo pelas polícias de fronteiras dos Estados-Membros, que, descentralizada e compartimentadamente procedem ao controlo e vigilância das fronteiras, embora com a participação coerente da Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas dos Estados-Membros da União Europeia (FRONTEX, criada pelo Regulamento (CE) n.º 2007/2004 do Conselho). Sobre este ponto, v. NUNO PIÇARRA, “A Crise nas Fronteiras ...”, p. 91 e, do mesmo autor, “A União Europeia enquanto *Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça...*”, p. 321 e ss.

<sup>417</sup> Para uma análise detalhada das medidas compensatórias, v. NUNO PIÇARRA, “O espaço de liberdade, segurança e justiça no Tratado...”, p. 970-971. Sobre a política comum de vistos, v. AA.VV., *La Mise à l'Écart des Étrangers...* e NUNO PIÇARRA, “A Evolução da Política...”, p. 101 e ss.

indesejáveis, fazendo com que a eleição do Estado-Membro de residência por parte dos estrangeiros se fizesse em função das melhores condições que cada um oferecia. Por outro lado, os Estados chegaram à conclusão que as políticas de imigração adotadas por cada um produziam efeitos nos demais<sup>418</sup>. Era necessário harmonizar as legislações nacionais na matéria, com o objetivo não só de distribuir igualmente os encargos com a imigração entre os vários países da União, como também garantir segurança jurídica aos nacionais de terceiros países quanto às regras vigentes na UE em matéria de imigração.

Com a entrada em vigor do Tratado de Maastricht, em 1 de novembro 1993<sup>419</sup>, as questões respeitantes ao controlo da imigração passaram a ser consideradas matéria de interesse comum para o direito da UE, merecendo assim acolhimento normativo nos Tratados. Elas foram inseridas sistematicamente no Tratado da União Europeia, no pilar sobre cooperação na Justiça e Assuntos Internos (terceiro pilar), o que implicava que o método de decisão aplicável fosse intergovernamental<sup>420</sup>. Por outro lado, no Tratado da Comunidade passou a prever-se a comunitarização da matéria de vistos. No seio desta nova competência, aprovaram-se regulamentos sobre vistos, interferindo-se assim diretamente em matéria respeitante ao *ius includendi et excludendi*<sup>421</sup>.

O Tratado de Amesterdão, em vigor a 1 de maio de 1999<sup>422</sup>, marcou várias evoluções na matéria. A integração europeia passou a ter um novo objetivo global: a sua manutenção e desenvolvimento enquanto espaço de liberdade, segurança e justiça, «em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos nas fronteiras externas, asilo e imigração (...)»<sup>423</sup>. No âmbito da construção deste ELSJ, as matérias relativas à livre circulação de pessoas (passagem e controlo nas fronteiras externas, asilo, política de vistos e de imigração) foram transpostas do terceiro para o primeiro pilar, passando a estar sujeitas às regras comunitárias. A sua base legal dentro do pilar comunitário fez-se com a criação de um novo título do TCE - o Título IV, com a epígrafe «vistos, asilo, imigração e outras políticas relativas à livre circulação de pessoas»<sup>424</sup>.

---

<sup>418</sup> KEES GRONENDIJK, “Introduction: Migration and Law in Europe...”, p. 10.

<sup>419</sup> JO C 191 de 29.7.1992. Sobre a regulamentação da imigração do Tratado de Maastricht v. LUIGINO MANCA, *L’Immigrazione nel Diritto...*, p. 55 e ss.

<sup>420</sup> Art. K.1 do Tratado da União Europeia. Sobre o regime jurídico do III Pilar, v., *inter alia*, ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Curso de Direito Constitucional...*, p. 117 e ss., MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União...*, p. 215 e ss.

<sup>421</sup> V., entre outros atos, o Regulamento (CE) n.º 1683/95, do Conselho, de 29 de maio de 1995, que estabelece um modelo-tipo de visto.

<sup>422</sup> JO C 80 de 10.3.2001.

<sup>423</sup> Sobre a noção de “espaço de liberdade, segurança e justiça”, v. PIETER BOELES, “Introduction: Freedom, Security and Justice for All...”, p. 4 e ss.

<sup>424</sup> Tratou-se, contudo, de uma “comunitarização progressiva”, pois foi objeto de um período transitório de cinco anos, durante o qual o método comunitário sofreu modulações de caráter intergovernamental. O regime a que ficariam sujeitas as matérias no título IV do TCE afastava-se em muito do previsto para as demais matérias comunitárias. Desde logo, as medidas em matéria de política de imigração tinham de ser tomadas por unanimidade. Por outro lado, os poderes do TJ eram mais limitados que nos outros domínios de competência da CE (sobre o regime específico do TJ no anterior título IV do TCE, v. NUNO PIÇARRA, “O Tribunal de Justiça ...”, STEVE PEERS, “The Jurisdiction...”, p. 85 e ss e ANA MARIA GUERRA MARTINS, “Algumas Notas sobre o Espaço...”, p. 23 e ss.). Por fim, o segundo parágrafo do art. 63.º do TCE referia que os Estados-Membros não ficavam impedidos de “manter ou introduzir disposições nacionais que sejam compatíveis com o presente tratado”, mesmo depois de o Conselho ter adotado os atos jurídicos previstos nos n.ºs 3 e 4 dessa disposição. Por fim, a comunitarização nestes domínios sofria derrogações significativas em relação ao Reino Unido, Irlanda e Dinamarca, pelo facto de os instrumentos adotados não vincularem esses país, de acordo com os respetivos protocolos. Para mais desenvolvimentos sobre estes aspetos, v. LUIGINO MANCA, *L’Immigrazione*

As novas competências da Comunidade abrangiam, nos termos do n.º 3 do art. 63.º do TCE, a adoção de medidas relativas às condições de entrada e de residência, bem como normas relativas aos processos de emissão de vistos de longa duração e autorizações de residência permanente, medidas relativas a imigração clandestina e residência ilegal e ainda medidas relativas aos direitos e condições em que os nacionais de países terceiros que residam legalmente num Estado-Membro podem residir noutros Estados-Membros. Por fim, o acervo de Schengen foi parcialmente comunitarizado, passando a desenvolver-se no contexto da integração europeia<sup>425</sup>.

À assinatura deste tratado seguiram-se vários programas de ação destinados a pensar e desenvolver as prioridades em matéria da política de imigração, dos quais importa sublinhar o programa de Tampere, em 1999, onde se referiu, *inter alia*, que a UE tem de garantir um tratamento equitativo dos nacionais de países terceiros que residem legalmente no território dos seus Estados-Membros, bem como «a necessidade de uma gestão mais eficaz dos fluxos migratórios em todas as suas fases»<sup>426</sup>.

O controlo da entrada de nacionais de terceiros países no território, com vista à criação de um espaço de liberdade, segurança e justiça passou, assim, em parte, a ser realizado em conjunto com os restantes Estados-Membros da UE. Esse exercício conjunto recebeu, inclusivamente, consagração constitucional no art. 7.º, n.º 6, nos termos do qual «Portugal pode, em condições de reciprocidade, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático e pelo princípio da subsidiariedade e tendo em vista a realização (...) de um espaço de liberdade, segurança e justiça, convencionar o exercício, em comum, em cooperação ou pelas instituições da União, dos poderes necessários à construção e aprofundamento da União Europeia»<sup>427</sup>.

#### 4.3. O DESENVOLVIMENTO DA “POLÍTICA DE IMIGRAÇÃO” EM PORTUGAL

Em 1981 verificou-se em Portugal a primeira sistematização legislativa respeitante à regulação da entrada, permanência, saída e expulsão de estrangeiros do território nacional, com o Decreto-Lei n.º 264-B/81, de 3 de setembro. O referido diploma reuniu a legislação existente sobre a matéria. Foi, de resto, o primeiro diploma que regulou de forma sistemática o exercício do *ius includendi et excludendi* por parte do Estado Português, estabelecendo as várias condições que os estrangeiros deviam reunir para poderem entrar e permanecer no território, como os documentos de viagem necessários, vistos, autorizações de residência, bem como os casos e procedimentos de expulsão. A publicação deste decreto aproximou a legislação portuguesa da legislação dos outros Estados-Membros da União Europeia, no que

---

*nel Diritto...*, p. 163 e ss., NUNO PIÇARRA, “O espaço de liberdade, segurança e justiça após a assinatura do Tratado...”, p. 974 e ss. e 1006 e ss., e do mesmo autor, “O espaço de liberdade, segurança e justiça após a assinatura do Tratado...”, p. 20 e ss.

<sup>425</sup> Sobre a definição do acervo de Schengen, v. artigo 1.º, n.º 2 da Decisão 1999/435/CE, do Conselho de 20 de maio de 1999. V., ainda, NUNO PIÇARRA, “Direito da União Europeia ...”, p. 257.

<sup>426</sup> Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Tampere, de 15 e 16 de outubro de 2009.

<sup>427</sup> JORGE MIRANDA defende que a expressa referência a “exercício” parece apontar para uma ideia de delegação, e não de transferência ou de renúncia desses poderes de soberania (*Manual...* Tomo III, p. 211). Também nesse sentido, J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA consideram que a fórmula escolhida pela CRP foi bastante cuidadosa, apontando para a ideia de que os Estados-Membros continuam a ser “donos do Tratado”. Cf. *Constituição...*, Vol. I, p. 248.

toca às condições de entrada, permanência e afastamento de território nacional<sup>428</sup>. Não obstante, ainda assim, enquanto a maioria dos Estados da Europa Central e do Norte adotavam políticas de imigração que se aproximavam de “políticas zero”, a legislação portuguesa era mais permissiva, fruto da estabilidade política então alcançada, bem como dos estímulos aos investimentos que surgiram com a adesão à Comunidade Europeia<sup>429</sup>.

As alterações legislativas que se sucederam na década de 80 em Portugal passaram a justificar-se principalmente com a descolonização e com a adesão à Comunidade Europeia, e não tanto com a existência de específicas pressões imigratórias<sup>430</sup>. Neste contexto foi aprovado o Decreto-Lei n.º 312/86, de 24 de setembro, destinado a impedir a entrada de estrangeiros que não dispusessem de meios suficientes para assegurar a subsistência no país.

Ao mesmo tempo que se aprofundava a integração europeia, com efeitos, em particular no domínio da política de imigração, muitos dos países europeus que eram tradicionalmente países de emigração passaram a ser países de imigração. Portugal, com a entrada na Comunidade Económica Europeia e a adesão à Convenção de Schengen passou a ser um desses países<sup>431</sup>. Ao longo dessa década, a população estrangeira crescia e assistiu-se, no nosso país, a uma diversificação da origem dos cidadãos estrangeiros<sup>432</sup>.

Os anos noventa foram, entre nós, ricos em produção legislativa no que toca a regras sobre entrada, permanência e saída de estrangeiros do território<sup>433</sup>. Alguns autores apontam mesmo essa década como sendo aquela em que surgiu, entre nós, «uma política de imigração concertada, em termos de controlo da imigração e no âmbito social»<sup>434</sup>.

De uma forma geral, as políticas de imigração em Portugal eram marcadas por dois objetivos: por um lado responder às novas realidades dos fluxos migratórios e, por outro, implementar a legislação europeia pertinente emanada no contexto da política europeia de imigração comum<sup>435</sup>.

Depois de uma fase de transição promovida pelo Decreto-lei n.º 59/93, de 3 de março, em que Portugal se assume expressamente como «país de imigração»<sup>436</sup>, passou-se para um «esforço de consolidação de um quadro normativo abrangente», fase que terminou com um

---

<sup>428</sup> MARIA BAGANHA & PEDRO GÓIS, “Migrações internacionais...”, p. 266.

<sup>429</sup> SEF, *A Organização das Políticas de Asilo...*, p. 17.

<sup>430</sup> ANDREW GEDDES, *The Politics of Migration...*, MARIA FONSECA *et al.*, “New Forms of Migration...”.

<sup>431</sup> Esta época ficou, aliás, conhecida como o «balancing out period», por se ter desvanecido a fronteira entre países de emigração e de imigração na Europa ocidental. V. GALLYA LAHAV, *Immigration and Politics...*, p. 30.

<sup>432</sup> Em dez anos, a população estrangeira residente havia duplicado. Para uma análise das causas do crescimento da população estrangeira nesta época, v. MARIA IOANNIS BAGANHA, “Labour market and immigration...”, p. 93 e ss. Sobre a caracterização da população residente, v. MARIA BAGANHA & PEDRO GOIS, “Migrações internacionais...”, p. 258, SEF, *A Organização das Políticas de Asilo...*, p. 18.

<sup>433</sup> Sobre o quadro legal em vigor em Portugal nos anos noventa, v. CONSELHO ECONOMICO SOCIAL, *Portugal, a Europa e as Migrações...*, MARIA IOANNIS BAGANHA & JOSÉ CARLOS MARQUES, *Imigração e Política...*, p. 22 e ss, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “A Nova Lei de Entrada...”, p. 71, Datam desta altura as primeiras medidas em matéria de regularização extraordinária do estatuto de imigrantes em situação ilegal, como o Decreto-lei n.º 212/92 de 12 de outubro. Sobre este último, v., JOÃO CARVALHO, *A Política de Imigração...*, p. 49.

<sup>434</sup> VANDA SANTOS, *O Discurso Oficial...*, p. 109. Sobre os debates políticos, que inicialmente se focaram apenas no controlo das fronteiras, v. JOÃO CARVALHO, *A Política de Imigração...*, p. 44 e ss.

<sup>435</sup> SEF, *A Organização das Políticas de Asilo...*, p. 3.

<sup>436</sup> Sobre o regime deste diploma, v. SEF, *A Organização das Políticas de Asilo...*, p. 18 e JOÃO CARVALHO, *A Política de Imigração...*, p. 48. Esta lei visou, em parte, implementar as regras previstas nos acordos de Schengen, em particular no que toca ao regime de vistos.

novo ato legislativo, o Decreto-Lei n.º 244/98, de 8 de agosto<sup>437</sup>. Alguns autores referem que estes diplomas consagraram um «princípio geral de recusa de acesso» relativamente aos nacionais de países terceiros que pretendiam vir trabalhar para Portugal<sup>438</sup>, já que estabelecia como condição impeditiva da concessão de visto de trabalho a declaração, emitida pela autoridade pública competente em matéria de emprego, de existência de desemprego no setor profissional<sup>439</sup>. Em geral, o acesso a um posto de trabalho por parte de cidadãos não-europeus apenas poderia ser autorizado quando a oferta de trabalho não fosse, primariamente, preenchida por um cidadão da UE ou nacional de um Estado-terceiro já residente no país.

Paralelamente, contudo, agia-se com tolerância perante o fluxo imigratório irregular proveniente dos países lusófonos, que, nas palavras de JOÃO CARVALHO, «obedecia a uma lógica que concedia primazia aos objetivos da política externa do Estado português e permitia a satisfação da procura de mão-de-obra desqualificada verificada no mercado laboral nacional»<sup>440</sup>. Assim, o autor refere que as políticas de imigração portuguesas desta época acabavam por ser políticas seletivas em função da nacionalidade<sup>441</sup>. «O tratamento discriminatório concedido a cidadãos estrangeiros de países lusófonos era politicamente legitimado pelo legislador nacional através da menção do legado histórico português», acrescenta.

## 5. A PRIMEIRA DÉCADA DE 2000

### 5.1. CONTEXTO

A primeira década de 2000 é testemunha de um aumento exponencial dos números da imigração. Enquanto em 1965, os indivíduos a residir num país que não o de origem estimavam-se em cerca de 75 milhões, em 2000 chegavam aos 150 milhões<sup>442</sup>. Esta tendência teve na sua origem o crescimento das desigualdades sociais e económicas entre as nações do denominado “primeiro” e “terceiro” mundo, as necessidades estruturais de mão de obra desqualificada das economias dos países desenvolvidos<sup>443</sup>, e, ainda, o fenómeno da

---

<sup>437</sup> O Decreto-Lei n.º 244/98, de 8 de agosto, consagrava sete tipos de vistos. Este diploma foi alterado pela Lei n.º 97/99 de 26 de julho. Sobre o regime jurídico deste diploma, v. LUÍS SILVEIRA, “O Acolhimento...”, p. 195 e ss., NUNO PIÇARRA, “Portugal”..., p. 343 e ss.

<sup>438</sup> MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, “A Europa e o «Estrangeiro» ...”, p. 40.

<sup>439</sup> Art. 26.º, n.º3, alínea d) do Decreto-lei n.º 59/93.

<sup>440</sup> JOÃO CARVALHO, *A Política de Imigração...*, p. 39. Assim, o novo processo de regularização extraordinária, instaurado pela Lei n.º 17/96, de 24 de maio de 1996. Sobre esse ponto, v. MARIA IOANNIS BAGANHA, “Política de imigração...”, p. 33 e ss. Para dados sobre o número de regularizações, v. SEF, *A Organização das Políticas de Asilo...*, p. 18.

<sup>441</sup> JOÃO CARVALHO, *A Política de Imigração...*, p. 122.

<sup>442</sup> UNITED NATIONS POPULATIONS FUND, <http://www.unfpa.org/migration> (acedido em 26/09/2015).

<sup>443</sup> WAYNE S. CORNELIUS, TAKEYUKI TSUDA, PHILIP L. MARTIN, & JAMES F. HOLLIFIELD, *Controlling Immigration...*, p. 4.

“globalização” que, como já se referiu, reforçou a consciência das oportunidades laborais noutros países<sup>444</sup>.

Entre 2000 e 2001 verificou-se, também, o maior crescimento de população estrangeira residente em Portugal, tendo a mesmo quase que duplicado<sup>445</sup>. Como aponta um relatório do SEF, «além da dimensão quantitativa, há a assinalar profundas alterações no plano qualitativo. Na sequência do colapso da URSS e da emergência de Estados independentes pós soviéticos, assistiu-se a um novo e significativo afluxo de imigrantes provenientes da Europa do Leste, mudança fundamental na curta história da imigração portuguesa que passou a receber, em larga escala, imigrantes originários de países com os quais não tinha afinidades históricas, linguísticas ou culturais»<sup>446</sup>.

## 5.2. OS DESENVOLVIMENTOS DA POLÍTICA EUROPEIA COMUM DE IMIGRAÇÃO

No contexto da integração europeia, a primeira década de 2000 foi marcada pela adoção de vários atos de direito derivado, quer em matéria de vistos e controlo de fronteiras<sup>447</sup>, quer em matéria de política de imigração<sup>448</sup>.

---

<sup>444</sup> Para uma análise da tipologia da imigração na Europa na contemporaneidade, v. JOAQUÍN ARRIOLA, “A nova imigração na Europa: Precariedade e Hierarquização...”, p. 83 e ss. Para estudos sobre as correntes políticas de imigração em Portugal v., *inter alia*, JORGE MACAÍSTA MALHEIROS, “Velhas e novas geografias...”, p. 62 e ss., IGOR JOSÉ DE RENÓ MACHADO, “A condição obscura...”, p. 125 e ss.

<sup>445</sup> SEF, *A Organização das Políticas de Asilo...*, p. 19, JOÃO CARVALHO, *A Política de Imigração...*, p. 17.

<sup>446</sup> SEF, *A Organização das Políticas de Asilo...*, p. 19.

<sup>447</sup> Assim, em matéria de transposição de fronteiras, entre outros, o Regulamento n.º 539/2001, de 15/12/2001 (alterado por último pelo Regulamento n.º 1211/2010, de 15/12/2010), que fixa a lista dos países terceiros cujos nacionais estão sujeitos à obrigação de visto para transporem as fronteiras externas e a lista dos países terceiros cujos nacionais estão isentos dessa obrigação; o Regulamento n.º 2007/2004, de 26/10/2004 que cria a Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas (Frontex); o Regulamento n.º 2252/2004, de 13/12/2004 que estabelece normas para os dispositivos de segurança e dados biométricos dos passaportes e documentos de viagem emitidos pelos Estados-Membros, alterado pelo Regulamento n.º 444/2009, de 28/05/2009; o Regulamento n.º 562/2006 que estabelece o Código das Fronteiras Schengen; o Regulamento n.º 1931/2006, de 20/12/2006, que estabelece o regime aplicável ao pequeno tráfego fronteiriço nas fronteiras externas da UE; o Regulamento n.º 767/2008, de 09/07/2008, relativo ao Sistema de Informação sobre Vistos e ao intercâmbio de dados entre os Estados-Membros sobre os vistos de curta duração; o Regulamento n.º 810/2009, de 13/07/2009 que aprova o Código Comunitário de Vistos.

<sup>448</sup> Merecem destaque os seguintes: a Diretiva 2001/40/CE, de 28/05/2001, relativa ao reconhecimento mútuo de decisões de afastamento de nacionais de países terceiros; a Diretiva 2001/51/CE relativa às sanções às transportadoras de imigrantes ilegais, de 28/06/2001; a Diretiva 2002/90/CE, de 28/11/2002, relativa à definição do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares; a Diretiva 2003/86/CE, de 22/09/2003, relativa ao direito ao reagrupamento familiar; a Diretiva 2003/109/CE, de 25/11/2003, relativa ao estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duração; a Diretiva 2003/110/CE, de 25/11/2003, relativa ao apoio em caso de trânsito para efeitos de afastamento por via aérea; a Diretiva 2004/81/CE, de 29/04/2004, relativa ao título de residência concedido aos nacionais de países terceiros que sejam vítimas do tráfico de seres humanos ou objeto de uma ação de auxílio à imigração ilegal, e que cooperem com as autoridades competentes; a Diretiva 2004/82/CE, de 29/04/2004, relativa à obrigação de comunicação de dados dos passageiros pelas transportadoras; Diretiva 2004/114/CE, de 13/12/2004, relativa às condições de admissão de nacionais de países terceiros para efeitos de estudos, de intercâmbio de estudantes, de formação não remunerada ou de voluntariado; a Diretiva 2005/71/CE, de 12/10/2005, relativa a um procedimento específico de admissão de nacionais de países terceiros para efeitos de investigação científica; a Diretiva 2008/115/CE, de 16/12/2008, relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular; a Diretiva 2009/50/CE, de 25/05/2009, relativa às condições de entrada e de

Concomitantemente, vários programas de ação, desenvolvidos por comunicações da Comissão Europeia, bem como por conclusões do Conselho Europeu, delineavam quais deviam ser, a cada momento, as prioridades da política europeia de imigração<sup>449</sup>. Merecem destaque o programa de Haia, de 2004<sup>450</sup>, que estabeleceu como uma das dez prioridades da UE para os próximos dez anos a gestão da imigração. Mais recentemente, foi afirmado o Pacto Europeu de Imigração e Asilo de 2008, o qual foi desenvolvido pelo Programa de Estocolmo, em 2009<sup>451</sup>.

No entanto, do saldo final referente às competências da UE na matéria, bem como dos instrumentos adotados, continuou-se a afirmar que os Estados mantinham amplos poderes relativos às prerrogativas de *ius includendi et excludendi*<sup>452</sup>. A isso não era alheia uma certa disfuncionalidade do funcionamento da UE nas matérias relevantes do ELSJ, que se regiam paralelamente por dois tratados e dois métodos (o comunitário e o intergovernamental)<sup>453</sup>.

O Tratado de Lisboa, que entrou em vigor em 1 de dezembro de 2009, representou um novo salto qualitativo no que toca à construção de uma política europeia comum de imigração. Alguns autores consideram que, de todas as políticas da UE, foi no ELSJ que «mais intensamente se fez sentir o alcance reformador do Tratado de Lisboa»<sup>454</sup>. Desde logo, as decisões em matéria de política de imigração passaram a ser tomadas através do processo legislativo comum (art. 79.º, n.º1 do TFUE). Depois, o art. 3.º, n.º 2 do TUE, veio autonomizar o ELSJ face ao mercado interno. Assim, o objetivo de proporcionar «um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de (...) imigração» ganhou outra importância<sup>455</sup>.

A competência em matéria de política de imigração manteve-se uma competência partilhada entre a UE e os Estados-Membros (art. 4.º, n.º2, al. j) do TFUE).

São várias as competências da UE inscritas no TFUE que interferem diretamente com o *ius includendi et excludendi*, e que se encontram enumeradas nos arts. 77.º e ss. O art. 77.º determina que a UE desenvolve uma política que visa assegurar a ausência de quaisquer controlos de pessoas na passagem das fronteiras internas e assegurar o controlo de pessoas e vigilância na passagem das fronteiras externas. Para além do mais, refere a introdução

---

residência de nacionais de países terceiros para efeitos de emprego altamente qualificado e a Diretiva 2009/52/CE, de 18/06/2009, que estabelece normas mínimas sobre sanções e medidas contra os empregadores de nacionais de países terceiros em situação irregular.

<sup>449</sup> Sobre o conteúdo destes vários programas, v. SERGIO CARRERA, “The Impact of the Treaty of Lisbon...”, p. 235.

<sup>450</sup> Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu: “Programa de Haia: dez prioridades para os próximos cinco anos. Parceria para a renovação europeia no domínio da liberdade, da segurança e da justiça” COM(2005) 184 final, de 10/05/2005.

<sup>451</sup> Pacto Europeu do Conselho sobre a Imigração e o Asilo de 24 de setembro de 2008 e Programa de Estocolmo, “Uma Europa aberta e segura que sirva e proteja os cidadãos”, de 04 de maio de 2010.

<sup>452</sup> Assim, entre outros, v. HENRI LABAYLE, “L’ Union Européenne ...”, p. 1225 e ss E FABIO MACRÌ, “La Corte di giustizia sul diritto al ricongiungimento familiare...”, p. 794.

<sup>453</sup> Sobre este ponto v. CONSTANÇA URBANO DE SOUSA, “L’ émergence du droit européen de l’immigration...”, p.139 e ss. e NUNO PIÇARRA, “O Tratado de Lisboa...” (2011), p. 133 e ss.

<sup>454</sup> NUNO PIÇARRA, “O Tratado de Lisboa...” (2010), p.245.

<sup>455</sup> Assim, NUNO PIÇARRA, “O Tratado de Lisboa..” (2010), p.257. V. ainda ELSPETH GUILD, “Immigration and the Lisbon Treaty ...”, p. 69.

“gradual” de um sistema integrado de gestão das fronteiras externas<sup>456</sup>. Por seu turno, o art. 79.º TFUE determina que a União desenvolve uma política comum de imigração destinada a garantir uma gestão eficaz dos fluxos migratórios, um tratamento equitativo dos nacionais de países terceiros que residam legalmente nos Estados-Membros, a prevenção da imigração ilegal e do tráfico de seres humanos e o reforço do combate a estes fenómenos. Para esses efeitos, o TFUE atribui competência à União para adotar medidas no que toca à definição das condições de entrada e de residência de estrangeiros, (bem como normas relativas à emissão de vistos e de títulos de residência de longa duração), à definição dos direitos dos nacionais de países terceiros que residam legalmente num Estado-Membro, incluindo as condições que regem a liberdade de circulação e de permanência nos outros Estados-Membros, e por fim no que toca à imigração clandestina e residência ilegal, incluindo o afastamento e o repatriamento de residentes em situação ilegal, e no combate ao tráfico de seres humanos, em especial de mulheres e de crianças<sup>457</sup>.

Apesar de as matérias da competência da UE coincidirem largamente, em substância, com as que eram previstas nos anteriores Tratados, as mesmas passaram, nos termos do art. 77.º, n.º2 e 79.º, n.º2, a ser decididas através do procedimento legislativo ordinário, previsto e regulado no art. 294.º TFUE<sup>458</sup>. Esta evolução é por demais importante, representando um avanço no que toca à limitação dos poderes de soberania dos Estados-Membros.

### 5.3. OS DESENVOLVIMENTOS LEGISLATIVOS EM PORTUGAL

A década de 2000 foi também profícua em desenvolvimentos legislativos entre nós. Foi adotada uma nova disciplina destinada a regular a entrada, permanência e saída do território de nacionais de países terceiros (Decreto-Lei n.º 4/2001 de 10 de janeiro)<sup>459</sup>. Esta lei tentou colmatar as falhas que ainda permaneciam no que toca aos imigrantes em situação irregular

---

<sup>456</sup> Para esses efeitos, o n.º2 prevê a adoção de medidas relativas a vistos e outros títulos de residência de curta duração, aos controlos a que são submetidas as pessoas que transpõem as fronteiras externas, às condições de circulação de nacionais de países terceiros na União durante um curto período, destinadas à introdução do sistema integrado de gestão das fronteiras externas, bem como à ausência de controlos de pessoas na passagem das fronteiras internas. Para mais desenvolvimentos, v. NUNO PIÇARRA, “Comentário ao artigo 77.º...”, p. 395 e ss.

<sup>457</sup> Já foram adotados vários atos ao abrigo desta norma, a saber Diretiva 2011/36/UE, de 05/04/2011, relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à proteção das vítimas; a Diretiva 2011/98/UE, de 13/12/2011, relativa a um procedimento de pedido único de concessão de uma autorização única para os nacionais de países terceiros residirem e trabalharem no território de um Estado-Membro e a um conjunto comum de direitos para os trabalhadores de países terceiros que residem legalmente num Estado-Membro; a Diretiva 2014/36/UE, de 26/02/2014, relativa às condições de entrada e de permanência de nacionais de países terceiros para efeitos de trabalho sazonal, e a Diretiva 2014/66/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa às condições de entrada e residência de nacionais de países terceiros no quadro de transferências dentro de empresas. Para mais desenvolvimentos sobre o art. 79.º do TFUE, v. NUNO PIÇARRA, “Comentário ao artigo 79.º do TFUE...”, p. 411 e ss.

<sup>458</sup> Nos termos do art. 294.º do TFUE, no procedimento legislativo ordinário, o Parlamento Europeu e o Conselho decidem em conjunto, numa posição de verdadeira paridade, e o Conselho decide por maioria qualificada. Sobre este ponto, v. ANA MARIA GUERRA MARTINS, “Algumas Notas sobre o Espaço...”, p. 19. A autora aplaude a maior participação dos órgãos eleitos pelos cidadãos da UE nesta área particularmente sensível para os direitos fundamentais.

<sup>459</sup> Para uma análise dos trabalhos preparatórios e do regime da lei, v. JOÃO CARVALHO, *A Política de Imigração...*, p. 80 e ss.



no território, através da criação da figura da “autorização de permanência”<sup>460</sup>. Por outro lado, instituiu um relatório de oportunidades de trabalho, destinado a avaliar o número máximo de vistos de trabalho a serem concedidos, em função das necessidades de mão de obra de cada setor económico nacional. Os cidadãos estrangeiros admitidos teriam de laborar nos setores para que haviam sido inicialmente admitidos<sup>461</sup>. A concessão de visto de trabalho dependia, à partida, de apresentação de contrato promessa de trabalho. Por fim, a lei previa uma disposição destinada à luta contra a imigração ilegal, através de penalizações para os angariadores e dos empregadores de mão de obra ilegal.

A lei foi alterada pelo Decreto-Lei n.º 34/2003, de 25 de fevereiro<sup>462</sup>. Um dos objetivos deste diploma foi fixar um número máximo de entradas e outro revogar as autorizações de permanência na legislação. Simultaneamente, os procedimentos relativos à expulsão do país de cidadãos estrangeiros em situação irregular foram agilizados. Mas, em contrapartida, o Decreto Regulamentar n.º 6/2004 continuava a demonstrar a manutenção da ambiguidade da política de imigração portuguesa, já que veio criar um novo processo de regularização<sup>463</sup>. Como refere, JOÃO CARVALHO, «a realização de um novo processo de regularização extraordinário, mesmo sendo de âmbito limitado, traduzia-se no reconhecimento do fracasso dos mecanismos de regulação do fluxo imigratório laboral, particularmente do sistema de quotas rígido implementado no ano anterior»<sup>464</sup>.

Atualmente, encontra-se em vigor a Lei n.º 23/2007, de 4 de julho. Esta lei teve como objetivo a transposição de várias Diretivas emanadas no contexto da política europeia comum em matéria de imigração, bem como a simplificação de alguns regimes, tendo-se criado um único tipo de visto para a fixação de residência e apenas um tipo de autorização de residência<sup>465</sup>. Por outro lado, o visto de residência para efeitos de trabalho subordinado depende da existência de oportunidades de emprego não preenchidas ao abrigo do princípio da preferência comunitária. A lei consagrou várias soluções que resultam da jurisprudência do TEDH em matéria de proteção dos direitos dos estrangeiros, e que serão analisadas mais à frente. No entanto, a doutrina ainda aponta várias fraquezas à mesma, como a insuficiência da regulação do fenómeno da imigração ilegal<sup>466</sup>.

## 6. A DOUTRINA TRADICIONAL NA ATUALIDADE: PERSISTÊNCIA E DESAFIOS ATUAIS

A doutrina tradicional, assente na negação de um direito à imigração continua a fazer escola. Por um lado, a integração europeia não veio eliminar totalmente o *ius includendi et excludendi* estadual. Por outro lado, os desafios contemporâneos em matéria de imigração têm

---

<sup>460</sup> Através desta medida, os imigrantes que estivessem em situação irregular e possuísem um contrato de trabalho válido podiam ver a sua situação regularizada. Cf. MARIA IOANNIS BAGANHA, “Política de imigração...”, p. 37.

<sup>461</sup> JOÃO CARVALHO, *A Política de Imigração...*, p. 85.

<sup>462</sup> Sobre o regime deste diploma, v. JOÃO CARVALHO, *A Política de Imigração...*, p. 97 e ss e VITALINO CANAS, “Notas sobre alguns aspetos restritivos da “nova” lei dos estrangeiros...”, p. 21 e ss.

<sup>463</sup> Sobre este regime, v. JOÃO CARVALHO, *A Política de Imigração...*, p. 106 e ss, SEF, *A Organização das Políticas de Asilo...*, p. 21 e ss.

<sup>464</sup> JOÃO CARVALHO, *A Política de Imigração...*, p. 105.

<sup>465</sup> Para uma análise transversal do regime jurídico da Lei, v. CARLA AMADO GOMES, “The Administrative Condition...”, p. 24 e ss.

<sup>466</sup> JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “A Nova Lei de Entrada...”, p. 100.

justificado um reforço desses poderes, sejam eles exercidos conjuntamente no seio da UE, seja ainda por cada Estado nos domínios em que ainda estes mantêm competência isolada. Os desenvolvimentos a que assistimos nesta segunda década de 2000 não permitem, pois, falar propriamente de uma atenuação da doutrina tradicional.

### 6.1. AS RESISTÊNCIAS DO *IUS INCLUDENDI ET EXCLUDENDI* NO CONTEXTO DA POLÍTICA EUROPEIA COMUM DE IMIGRAÇÃO

A construção de uma política europeia de imigração veio implicar fortes limitações ao exercício do *ius includendi et excludendi* por cada um Estados-Membros. No entanto, não veio abolir totalmente esses poderes soberanos. De facto, a interpretação que devemos fazer deste domínio da integração europeia é que tais poderes, ao invés de terem sido eliminados, passaram a ser *exercidos em conjunto*, no enquadramento da integração europeia. São, de facto, vários autores que defendem que, ao invés de ter implicado uma *renúncia* aos referidos poderes de soberania, o que o desenvolvimento do ELSJ provocou foi, mais precisamente, uma *partilha* de soberanias<sup>467</sup>. Assim, JAAP HOEKSMAS & DIRK SCHOENMAKER referem, neste contexto, que a UE é a prova de que é possível aos Estados partilharem soberania sem deixarem de ser soberanos<sup>468</sup>.

Mas ainda assim, a integração europeia nestas matérias não foi imune às resistências dos Estados, preocupados em conservar ao máximo e na maior extensão possível o exercício unilateral desses poderes de soberania. Tanto assim é que a construção do ELSJ é dos domínios da construção europeia onde mais se faz sentir a tensão entre a integração e os desejos estaduais de manutenção da soberania.

Assim, se se assiste a uma intervenção da UE cada vez maior nas competências em matéria de imigração, por outro lado verifica-se também uma preocupação permanente em compensar os avanços com cláusulas que garantam a manutenção de alguns redutos de soberania estadual. De facto, se após o Tratado de Lisboa, o TFUE veio representar um salto qualitativo nas competências da UE em matéria de política de imigração, veio também simultaneamente consagrar diversos mecanismos que são verdadeiras cláusulas de reserva de soberania de *ius includendi et excludendi*. Note-se, desde logo, o art. 4.º, n.º2 do TUE, nos termos do qual «a União respeita as funções essenciais do Estado, nomeadamente as que se destinam a garantir a integridade territorial, a manter a ordem pública e a salvaguardar a segurança nacional (...)». Esta última cláusula foi inclusivamente considerada um retrocesso para alguns autores<sup>469</sup>. Nesse seguimento, o art. 72.º TFUE reafirma as responsabilidades exclusivas dos Estados-Membros em matéria de manutenção da ordem pública e de garantia de segurança interna. Por outro lado, o art. 79.º, n.º5 ressalva, de forma a compensar a perda de soberania decorrente da introdução do método comunitário nas matérias de imigração, a competência de os Estados-Membros decidirem quotas de imigração para nacionais de terceiros Estados<sup>470</sup>.

---

<sup>467</sup> JAAP HOEKSMAS & DIRK SCHOENMAKER, *A polity called EU...*, p.5.

<sup>468</sup> *Ibidem*.

<sup>469</sup> NUNO PIÇARRA, “O Tratado de Lisboa...” (2010), p.261.

<sup>470</sup> Sobre este ponto, v. PHILIPPE DE BRUYCKER, “L’Émergence d’une Politique...”, p. 354. Importa ainda mencionar que o Reino Unido, a Irlanda e Dinamarca continuam a beneficiar de um estatuto específico no domínio do ELSJ (Protocolos n.º 20 e 21). Sobre este ponto, v. NUNO PIÇARRA, “O Tratado de Lisboa...” (2011), p. 144 e ss.

Para além destas “reservas de soberania” inscritas nos Tratados, os instrumentos de concretização das políticas europeias de imigração demonstram a cada momento a vontade de os Estados conservarem o máximo de liberdade possível para a definição das suas próprias estratégias de imigração. De facto, tais atos têm sido o resultado de difíceis negociações entre os Estados-Membros, com diferentes visões estratégicas quanto às mesmas. São, assim, vários os mecanismos usados nos atos de direito derivado e que permitem aos Estados-Membros manterem margens de apreciação: desde logo, a maior parte dos textos apenas contém normas mínimas, permitindo aos Estados estabelecer níveis de proteção superiores<sup>471</sup>. Depois, são inúmeras as remissões para as legislações internas e possibilidades de derrogações. Por fim, são usados conceitos vagos, que cabe às legislações nacionais preencher<sup>472</sup>. Por outro lado, como se viu dos instrumentos adotados, a integração europeia em matéria de imigração apenas se efetivou no que toca a específicos domínios sectoriais, não tendo sido possível chegar a um processo de harmonização mais alargado, por exemplo no que respeita à imigração para efeitos de trabalho. A integração europeia neste contexto é, pois, de âmbito fragmentário, e mesmo quanto a este, deixa ampla margem de apreciação para os Estados.

Por fim, as mais recentes iniciativas da UE em matéria de política de imigração comum têm deparado com inúmeras resistências por parte dos Estados, se as mesmas impuserem, por exemplo, números obrigatórios de receção ou realocização de imigrantes. Foi esse o caso da Agenda Europeia da Migração, proposta pela Comissão em maio de 2015, como resposta ao afluxo de imigrantes em situação ilegal vindos das margens sul do Mediterrâneo<sup>473</sup>. No que toca especificamente à imigração legal a Comissão referiu que «os Tratados da UE reservam aos Estados-Membros a decisão final sobre a admissão de migrantes económicos. No entanto, a UE precisa de reflectir sobre o modo de conciliar esta limitação com as necessidades colectivas da economia da UE». A Comissão propõe assim, a criação de uma «reserva à escala da UE» de migrantes qualificados, devendo, ainda assim, o procedimento efetivo de seleção e de admissão, permanecer ao nível nacional, «com base nas necessidades reais do mercado de trabalho dos Estados-Membros»<sup>474</sup>.

Daí que alguns autores refiram que, apesar da criação de uma política de imigração comum, os Estados-Membros da UE continuaram a manter as suas políticas de imigração individuais<sup>475</sup>.

---

<sup>471</sup> Assim, a título de exemplo, o art. 3.º, n.º 5, da Diretiva sobre o Reagrupamento Familiar ou o art. 4.º, n.º 3 da Diretiva sobre o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular. Sobre este ponto, v. PHILIPPE DE BRUYCKER, “Le Niveau d’ Harmonisation ...”, p. 52 e ss.

<sup>472</sup> Sobre este ponto, v. HENRI LABAYLE, “Vers une Politique...”, p. 11 e ss. JEAN-YVES CARLIER, “L’Europe et les Étrangers...”, p. 262., e PHILIPPE DE BRUYCKER, “Le Niveau d’ Harmonisation ...”, p. 53 e ss. e “L’Émergence d’une Politique...”, p. 352

<sup>473</sup> Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Agenda Europeia da Migração, COM (2015) 240 final, de 13/05/2015.

<sup>474</sup> *Idem*.

<sup>475</sup> Assim, entre muitos outros, Assim, HENRI LABAYLE, “Le Bilan du Mandat de Tampere...”, p. 620, SOPHIE GARCIA-JOURDAN, *L’émergence d’un espace européen...*, p. 311, PATRICK WEIL, *La République et sa Diversité...*, p. 24. STEVE PEERS & NICOLA ROGERS, *EU Immigration...*, p. 78, JEAN-YVES CARLIER, “L’Europe et les Étrangers...”, p. 269, PHILIPPE DE BRUYCKER, “L’Émergence d’une Politique...”, p. 354, V. ainda, de uma perspetiva de ciência política, GALLYA LAHAV, *Immigration and Politics...*, p. 7 e ss. e autores aí citados, que referem que os Estados continuam a deter o poder de regular a imigração de acordo com os interesses nacionais, já que a harmonização das legislações e políticas de imigração se faz pelo “mínimo denominador comum”.

Tal facto é devido não só às resistências dos Estados-Membros em abdicar de um poder central da sua soberania, como ainda devido às diferentes configurações dos fenómenos migratórios em cada um deles. Tais diferenciações justificam-se com a localização geográfica, a situação demográfica, e a diferente história de cada Estado-Membro enquanto país de imigração (neste ponto, pode-se distinguir os “tradicionais países de imigração”, como a Alemanha, a França, Reino Unido, e os países que eram tradicionalmente “países de emigração” e que só recentemente passaram a desempenhar um papel significativo enquanto países recetores de fluxos migratórios, como Portugal, Espanha e Itália), bem como com os diferentes laços existentes com os países terceiros. Daí que ANA GUERRA MARTINS sublinhe que o ELSJ «vive numa ambivalência que lhe provoca uma constante tensão entre, por um lado, um forte desejo de unidade e de afirmação, que se verifica, designadamente no alargamento das matérias que dele fazem parte, e, por outro lado, uma necessidade premente de acomodar as diversidades dos vários Estados-Membros»<sup>476</sup>.

No entanto, é inevitável concluir-se que, ainda assim, o desenvolvimento desta política europeia comum implicou uma forte limitação aos poderes estaduais de definição das estratégias de imigração<sup>477</sup>. NUNO PIÇARRA refere, a esse propósito, que a integração no ELSJ foi tão ou mais «revolucionária» para as identidades político-jurídicas dos Estados-Membros quanto a integração na “Moeda única”<sup>478</sup>.

## 6.2. OS DESAFIOS ATUAIS EM MATÉRIA DE CONTROLO DA IMIGRAÇÃO

Se o séc. XX teve como paradigma, em matéria de imigração, a implementação sistemática dos controlos de entrada e permanência de estrangeiros nos territórios, já o séc. XXI tem sido marcado pela preocupação com a “luta contra a imigração ilegal”, a criminalidade transnacional e o terrorismo.

No início da década de 2000, estimava-se que residissem ilegalmente no espaço europeu três a quatro milhões de indivíduos em situação ilegal<sup>479</sup>. Em Portugal, os novos fluxos de imigrantes nessa situação passaram a provir maioritariamente dos países do Leste da Europa, que entravam no país com o auxílio de redes ilegais de tráfico de mão de obra<sup>480</sup>. De facto, o nosso país apresentava alguns “*push factors*”, como a procura de mão de obra desqualificada e as possibilidades de os imigrantes obterem um estatuto legal, face aos sucessivos programas de regularização<sup>481</sup>.

---

<sup>476</sup> ANA MARIA GUERRA MARTINS, “Algumas Notas sobre o Espaço...”, p. 25.

<sup>477</sup> Neste contexto, é interessante a análise de STEPHEN LEGOMSKY, que compara as tendências divisão de competências em matéria de imigração entre o nível estadual e supraestadual dos EUA e da UE, chegando à conclusão que a tendência nos EUA é de *descentralização*, enquanto que, na UE, é de *harmonização*. V. “A USA Comparative Perspective...”, p. 176 e ss.

<sup>478</sup> NUNO PIÇARRA, “A União Europeia enquanto Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça...”, p. 321 e ss.

<sup>479</sup> JOÃO CARVALHO, *A Política de Imigração...*, p. 30.

<sup>480</sup> MARIA IOANNIS BAGANHA, “Política de imigração...”, p. 37. V., ainda JORGE MACAÍSTA MALHEIROS & MARIA IOANNIS BAGANHA, “Imigração ilegal em Portugal...”, p. 191 e ss.

<sup>481</sup> MARIA BAGANHA, JOSÉ CARLOS MARQUES, & PEDRO GÓIS, “The Unforeseen Wave...”, p. 23 e ss.

O fenómeno é, porém, global. CATHERINE DAUVERGNE fala da «ilegalização da imigração», que constituirá, no seu entender, o aspeto primordial do controlo dos movimentos migratórios deste século<sup>482</sup>.

A imigração ilegal tem demonstrado a falência ou insuficiência dos controlos fronteiriços e das leis de imigração<sup>483</sup>. Têm sido vários os movimentos massivos de imigrantes clandestinos, que têm caracterizado os movimentos de imigração ilegal, e que tiveram um dos seus pontos mais altos na Europa com os fluxos de entrada na Itália, através de Lampedusa, a partir do ano de 2011<sup>484</sup> e que culminaram com as trágicas mortes no Mar Mediterrâneo de imigrantes vindos de África, sobretudo da Líbia, em abril de 2015. De facto, o Sul da Europa deparou-se com uma pressão migratória sem precedentes nos últimos tempos, sendo procurado por milhares de pessoas que fogem de conflitos armados, étnicos, ou que buscam melhores condições de vida, de países como a Síria, Afeganistão, Sudão, Eritreia e ou outros países da África subsariana. Com esta pressão sem precedentes, aumentou também a atividade das redes de tráfico de imigrantes. Assim, uma das prioridades afirmada na agenda da política europeia de imigração tem sido a luta contra a imigração ilegal<sup>485</sup>.

Por outro lado, a luta contra o terrorismo tem também marcado o debate sobre os movimentos migratórios na contemporaneidade, levando vários Estados a usar os controlos migratórios como forma de combate a essa ameaça<sup>486</sup>. Alguns autores referem inclusivamente que, mais ainda do que o combate à imigração ilegal, tem sido o terrorismo que tem levado ao reforço nos controlos das fronteiras<sup>487</sup>. Após os ataques do 11 de setembro, vários Estados não só tornaram mais restritivas as suas leis de imigração, como ainda passaram a fazer da origem nacional, raça, etnia e religião, as componentes-chave em matéria de controlo da imigração. Tem-se inclusivamente preferido usar o direito da imigração para combater o terrorismo, ao invés do direito criminal, de forma a evitar a aplicação das garantias impostas por este último ramo do direito. Como sublinha DANIEL MOECKLI, é mais fácil para as autoridades respeitarem os requisitos das leis de imigração do que estarem sujeitas a todos os constrangimentos processuais que estariam inerentes a uma

---

<sup>482</sup> CATHERINE DAUVERGNE, *Making People Illegal...*, p. 2. Isso é particularmente notório no contexto da construção da política comum de imigração da UE, em que o número de diplomas adotado no contexto da luta contra a imigração ilegal tem sido mais vasto do que o número de diplomas referentes à imigração legal.

<sup>483</sup> De facto, são várias as teses que referem uma *crise* da capacidade dos Estados-nação em controlarem o crescimento dos fluxos migratórios para os seus países. Sobre este ponto v., por todos, JOÃO CARVALHO, *A Política de Imigração...*, p. 24.

<sup>484</sup> Em 2009 e 2010, a maior parte dos imigrantes em situação ilegal havia entrado através da fronteira Grécia-Turquia. Em 2011, Itália, a partir de Lampedusa, passou a representar a principal via (2/3) das entradas ilegais na UE. Sobre este ponto, v. STEPHEN LEGOMSKY, “The removal of Irregular Migrants ...”, p. 148.

<sup>485</sup> V. a recente Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Agenda Europeia da Migração, COM (2015) 240 final, de 13/05/2015. Sobre a política de imigração em matéria de luta contra a imigração ilegal, v. RYSZARD CHOLEWINSKI, “The EU Acquis on Irregular Migration...”, p. 127 e ss., e ANA RITA GIL, “Direito e Política da União Europeia...”, p. 28 ss.

<sup>486</sup> Neste contexto, importa referir o estudo sobre as mudanças nas várias leis de Imigração desde o 11 de setembro de 2001, editado por ANNELIESE BALDACCINI E ELSPETH GUILD. Cf. AA.VV., *Terrorism and the Foreigner...* e a obra de DANIEL MOECKLI, *Human Rights and Non-Discrimination...*, p. 168 e ss. V., ainda, EVELIEN BROUWER, “Immigration, Asylum...”, p. 402, MARIA BENEDITA URBANO, “Globalização: Os Direitos Fundamentais...”, p. 1036 e ss., IDIL ATAK & FRANÇOIS CRÉPEAU, “National Security, Terrorism...”, p. 93.

<sup>487</sup> GONÇALO SARAIVA MATIAS, *Migrações e Cidadania...*, p. 25.

acusação por terrorismo<sup>488</sup>. As novas preocupações de segurança, como o terrorismo, o fundamentalismo religioso, e o tráfico de drogas e de pessoas passaram a ligar o controlo da imigração à luta contra a criminalidade<sup>489</sup>. Estes novos desafios levaram a que outra nota caracterizadora dos controlos da imigração passasse a ser a da *securitização*<sup>490</sup>. Esta tendência tem acompanhamento na opinião pública, que, seguindo discursos muitas vezes veiculados pelos *media*, vê no estrangeiro o perigo exterior.

Por fim, a crise económica e a escassez de trabalho, contribuem também para a visão geral de que o discurso político deve ser o de restrição da imigração<sup>491</sup>.

Não obstante, o séc. XXI trouxe também consigo a imigração das pessoas altamente qualificadas, destinadas a integrar centros de conhecimento ou de investigação, ou ainda empresas multinacionais. De facto, como aponta a OCDE num relatório de 2013, o fenómeno migratório deixou de se centrar no fator trabalho para passar a englobar o capital humano, o conhecimento e talento, e o investimento<sup>492</sup>. No que toca a este tipo de imigração, os países mais desenvolvidos têm competido para atrair os chamados imigrantes qualificados, com vista à construção de “economias baseadas no conhecimento”. As políticas de imigração reforçam-se, assim, agora com o objetivo de atrair este tipo de mobilidade<sup>493</sup>.

Em suma, como fomos dando conta ao longo deste capítulo, a doutrina tradicional foi transposta para as práticas internas através da regulação sistemática da entrada e permanência de estrangeiros no território, demonstrando-se o reconhecimento generalizado de que os estrangeiros não possuem um direito de entrada / permanência nos territórios, e que estão sujeitos à vontade dos Estados nesse sentido. Os desafios atuais, como a luta global contra a imigração ilegal, o terrorismo, ou a crise económico-financeira, têm levado a que a tendência das práticas internas seja a do *reforço* dos poderes de controlo da imigração, muitas vezes encarados como o último reduto das soberanias dos Estados<sup>494</sup>. Alguns autores afirmam, assim, que os Estados estão hoje muito mais interessados em controlar a imigração do que

---

<sup>488</sup> DANIEL MOECKLI, *Human Rights and Non-Discrimination...*, p. 168 e ss., IDIL ATAK & FRANÇOIS CRÉPEAU, “National Security, Terrorism...”, p. 102 e ss.

<sup>489</sup> GALLYA LAHAV, *Immigration and Politics...*, p. 31. Sobre este aspeto v., em especial, DIDIER BIGO, “Migration and Security”..., p. 121 e ss. e JEF HUYSMANS, “The European Union and the Securitization of Migration”..., p. 751 e ss.

<sup>490</sup> CATHERINE DAUVERGNE, “Irregular Migration, State Sovereignty...”, p. 82, IDIL ATAK & FRANÇOIS CRÉPEAU, “National Security, Terrorism...”, p. 94, JÖRG MONAR, “The Problems of Balance...”, p. 167. Ilustrativa neste contexto é a passagem de, JOSÉ M. M. SILVA, quando refere que «na aldeia global em que o mundo hoje se tornou – e sobretudo depois dos trágico acontecimentos de 11 de Setembro – também a segurança externa do país pode ser ameaçada por uma imigração descontrolada». Cf. “Imigração Ilegal – Responsabilidade Penal”, p. 34.

<sup>491</sup> Sobre as influências da conjuntura económica na maior ou menor abertura em matéria de política de imigração, v. JOÃO CARVALHO, *A Política de Imigração...*, p. 10 e ss.

<sup>492</sup> OCDE, *International Migration Outlook*, 2013.

<sup>493</sup> Assim, na União Europeia, a afirmação da “Estratégia de Lisboa”, plano de desenvolvimento estratégico da União Europeia, que foi aprovado pelo Conselho Europeu em Lisboa em março de 2000, e que definiu o objetivo estratégico de converter a economia da União Europeia «na economia do conhecimento mais competitiva e dinâmica do mundo, antes de 2010, capaz de um crescimento económico duradouro acompanhado por uma melhoria quantitativa e qualitativa do emprego e uma maior coesão social».

<sup>494</sup> Sobre este ponto, v. ELSPEETH GUILD & STEVE PEERS, “Out of the Ghetto?...” p. 8. e CATHERINE DAUVERGNE, *Making People Illegal...*, p. 18.

em qualquer era do passado<sup>495</sup> e que, a nível global, se verifica a prevalência atual de políticas de imigração restritivas<sup>496</sup>.

Assim, seja individualmente em alguns domínios, seja no contexto da integração europeia, o *ius includendi et excludendi* continua a ser afirmado contra o estrangeiro, não podendo este arrogar-se a um direito à imigração.

De facto, como se verá de seguida, nem os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, nem o direito da UE, nem ainda a Constituição Portuguesa, reconhecem um direito à imigração.

---

<sup>495</sup> CATHERINE DAUVERGNE, “Irregular Migration, State Sovereignty...”, p. 75.

<sup>496</sup> JOÃO CARVALHO, *A Política de Imigração...*, p. 24.

## CAPÍTULO III

### A CONSAGRAÇÃO DA DOCTRINA TRADICIONAL NO DIREITO POSITIVO

As atuais normas internacionais, europeias e constitucionais em matéria de movimentos internacionais de pessoas não deixaram de ser influenciadas pela doutrina tradicional. Elas omitem a referência expressa a um *direito à imigração*. Tal direito é omitido quer nos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos (1.) quer nas normas direito da União Europeia de proteção dos direitos fundamentais (2.), quer ainda nas normas constitucionais (3.).

#### 1. INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Os atuais instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos não reconhecem um direito de acesso e permanência de estrangeiros no território estadual. Os manuais de direito internacional público referem sistematicamente que apenas os nacionais têm o direito de entrar, viver, circular livremente e não ser expulsos do território de um determinado país. O relatório da Baronesa ELLES sobre direitos humanos dos estrangeiros é, neste ponto, perentório: «*there is no fundamental right of "immigration"*», escreveu a relatora especial da subcomissão para a prevenção da discriminação e proteção das minorias das Nações Unidas<sup>497</sup>. Por seu turno, o Tribunal Internacional de Justiça referiu que, no que toca a questões de imigração e nacionalidade, o direito internacional é praticamente *inexistente*<sup>498</sup>.

##### 1.1. ENTRADA DE PESSOAS NO TERRITÓRIO ESTADUAL

##### 1.1.1. O não reconhecimento de um direito de entrada a estrangeiros no território estadual

O direito internacional atual não protege um direito geral de entrada de estrangeiros no território estadual. Excluem-se os acordos negociados dentro de uma lógica interestadual, através dos quais os Estados podem atribuir mutuamente semelhante direito aos respetivos nacionais<sup>499</sup>.

---

<sup>497</sup> DIANA ELLES, *International Provisions...*, p. 41.

<sup>498</sup> Dec. de 06/04/1955, *Nottebohm Case* (Liechtenstein c. Guatemala), *ICJ Reports* 1955, p. 4.

<sup>499</sup> Sobre este ponto, v. GUY S. GOODWIN-GILL, *International Law...*, p. 186 e ss. e RICHARD LILICH, *The Human Rights of Aliens...*, p. 85. De mencionar por exemplo, no seio do Conselho da Europa, a Convenção Europeia do Estabelecimento, aberta para assinatura em 13 de dezembro de 1955. O art. 2.º estabelece que os Estados Contratantes devem facilitar a entrada dos nacionais das demais Partes Contratantes nos seus territórios, para efeitos de estadias temporárias, e devem permitir que estes circulem livremente dentro dos mesmos, exceto quando isso for contrário à ordem pública, segurança pública ou saúde e moral públicas, nos termos do direito interno de cada Estado. A residência prolongada é também facilitada. RICHARD LILICH



Os instrumentos internacionais destinados especificamente a proteger os direitos dos imigrantes também não consagram direitos de entrada e de permanência no território<sup>500</sup>. Assim, a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, emanada no seio das N.U.<sup>501</sup>, e que visou constituir o tratado internacional mais completo em matéria de direitos dos estrangeiros, é omissa a esse respeito. Apesar de estipular, no art. 1.º, que se aplica a «todo o processo migratório dos trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias, o qual compreende a preparação da migração, a partida, o trânsito e a duração total da estadia (...), bem como o regresso ao Estado de origem ou ao Estado de residência habitual», acaba por não conter qualquer norma respeitante a um direito de entrada e residência dos trabalhadores imigrantes no território dos Estados-Parte<sup>502</sup>. Por outro lado, repete várias vezes ao longo do texto que os direitos reconhecidos aos imigrantes em situação irregular não prejudicam o poder soberano dos Estados no que toca ao controlo da admissão e exclusão de estrangeiros do território (art. 79.º), incluindo o combate à imigração ilegal (art. 68.º e 69.º). Para além disso, os Estados-Parte são expressamente dispensados do dever de regularizar imigrantes em situação irregular (art. 35.º). Isso justifica que, no balanço final, alguns autores considerem que a Convenção acaba por conceder mais relevo à proteção das soberanias estaduais do que aos direitos humanos dos imigrantes<sup>503</sup>.

A Convenção não foi assinada por Portugal, nem por nenhum Estado-Membro da UE, tendo-o sido apenas por países tradicionalmente emissores de fluxos migratórios<sup>504</sup>. Ora, a falta de assinatura desta Convenção demonstra a pouca vontade dos Estados em reconhecer direitos humanos aos imigrantes, a qual se justifica, sobretudo, pelo receio da perda do *ius includendi et excludendi*.

---

refere que a Convenção acaba mais por ser uma carta de direitos dos estrangeiros já estabelecidos nos territórios dos Estados-Parte, por não ir mais longe que «facilitar o movimento de nacionais de outros Estados-Parte», acrescentando ainda que «são estes que, em último termo, têm o direito de julgar através de critérios nacionais as condições que devem impedir a admissão ou expulsão de nacionais das outras partes contratantes». No mesmo sentido, RICHARD PLENDER, “Human Rights of Aliens...”, p. 44.

<sup>500</sup> Sobre estes instrumentos v., com mais detalhe, *infra*, Parte II, Capítulo I, ponto 2.4.

<sup>501</sup> A Convenção tem uma longa história. Em dezembro de 1978, a Assembleia Geral das N.U. incentivou a adoção de uma convenção internacional para a proteção dos direitos dos trabalhadores imigrantes. Após 10 anos de negociações, a Convenção foi adotada por consenso pela Assembleia Geral em 18 de dezembro de 1990 (resolução n.º 45/158) e entrou em vigor em 1 de julho de 2003. Para mais detalhes sobre a Convenção, v. RYSZARD CHOLEWINSKI, *Migrant Workers...*, RICHARD PERRUCHOUD, *Migrations et Protection...*, p. 74 e ss., ANTOINE PÉCOUD & PAUL DE GUCHTENEIRE, “Migration, Human Rights...”, p. 246 e ss., GONÇALO SARAIVA MATIAS & PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS, *A Convenção Internacional...*, LORI A. NESSEL, “Human Dignity or State Sovereignty?...”, p. 333 e ss.

<sup>502</sup> As únicas referências relacionadas a condições de entrada são as que constam, por um lado, do art. 4.º, nos termos do qual os trabalhadores migrantes são considerados documentados «se forem autorizados a entrar, permanecer e exercer uma atividade remunerada no Estado de emprego, ao abrigo da legislação desse Estado e das convenções internacionais de que esse Estado seja parte» e, por outro, do art. 49.º, que estipula que, «quando a legislação nacional exija autorizações de residência e de trabalho distintas, o Estado de emprego emite, em benefício dos trabalhadores migrantes, uma autorização de residência de duração pelo menos igual à da autorização de trabalho». Os demais números desse artigo estipulam regras no que toca à perda de autorização de residência enquanto durar a autorização de trabalho.

<sup>503</sup> CATHERINE DAUVERGNE, *Making People Illegal...*, p. 22, LORI A. NESSEL, “Human Dignity or State Sovereignty?...”, p. 335.

<sup>504</sup> Para uma lista dos países signatários, v. <http://treaties.un.org/>. Para uma análise dos motivos que levam os Estados a não ratificar esta Convenção, v. ANTOINE PÉCOUD & PAUL DE GUCHTENEIRE, “Migration, Human Rights...”, p. 252 e ss.

No seio do Conselho da Europa, cabe mencionar a Convenção Europeia relativa ao Estatuto Jurídico do Trabalhador Migrante<sup>505</sup>. Esta Convenção também não prevê um direito de entrada no Estado de acolhimento. Uma leitura apressada do art. 4.º poderia conduzir a uma conclusão contrária. De facto, a referida norma estipula que «as Partes Contratantes garantem ao trabalhador migrante os seguintes direitos: (...) Direito à entrada no território de uma das Partes Contratantes para aí exercer uma ocupação remunerada, uma vez que para tal tenha sido previamente autorizado e após ter obtido os documentos necessários». Ora, como se vê, esse direito só é conferido após obtenção de *autorização*, o que significa que fica dependente da vontade do Estado de acolhimento. Por seu turno, o art. 9.º dispõe que os Estados-Parte *deverão conceder*, desde que a legislação nacional o exija, uma autorização de residência aos trabalhadores migrantes que tenham sido *autorizados* a exercer um emprego remunerado *no seu território*. Logo de seguida estipula que a autorização de residência será concedida e, se necessário, renovada, *nas condições previstas pela legislação nacional*. Pode concluir-se, assim, que a Convenção não atribuiu diretamente um direito à entrada no território a todos os imigrantes que tenham um contrato de trabalho no território, já que, embora pareça que a autorização de residência é configurada como um direito, ele está sujeito à condição prévia de *autorização de trabalho naquele território*<sup>506</sup>.

O facto de não derivar dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos o reconhecimento de um direito à entrada no território de um país que não o da nacionalidade, leva alguns autores a concluir que os mesmos reconhecem implicitamente o poder soberano de os Estados controlarem a entrada e permanência de estrangeiros no território<sup>507</sup>.

Os referidos instrumentos consagram apenas um direito de entrada no território para os *cidadãos nacionais*, bem como um *direito de circulação e residência no interior do território estadual*, e, finalmente um direito a sair de qualquer Estado, *i.e.*, um direito à *emigração*. Referir-nos-emos brevemente aos mesmos de seguida, já que, enquanto normas que regulam a mobilidade de pessoas, importa tê-las presentes neste contexto.

### 1.1.2. A previsão de um direito de entrada para os cidadãos nacionais

A única referência que os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos fazem em relação à entrada de pessoas nos territórios estaduais diz respeito aos *nacionais* dos respetivos Estados. O Estado não pode impedir a entrada no território *aos seus cidadãos nacionais*.

O fundamento da obrigação estadual de aceitar a entrada dos nacionais no território é discutido pela doutrina<sup>508</sup>. No nosso entender, ela fundamenta-se no direito dos cidadãos a

---

<sup>505</sup> Adotada e aberta à assinatura em Estrasburgo, a 24 de novembro de 1977. Foi assinada por Portugal em 24 de novembro de 1977, aprovada para ratificação pelo Decreto do Governo n.º 162/78, de 27 de dezembro e ratificada a 15 de março de 1979.

<sup>506</sup> Não obstante, RICHARD LILICH refere que o facto de um instrumento vinculativo de direito internacional usar a expressão “direito de entrada” é um sinal de que o direito internacional se está a afastar do dogma de não interferência no que toca à entrada de estrangeiros no território estadual. Cf. *The Human Rights of Aliens...*, p. 91.

<sup>507</sup> SEYLA BENHABIB, *The Rights of Others...*, p. 11.

<sup>508</sup> RICHARD PLENDER discute se esta obrigação corresponde a um direito do próprio cidadão nacional a entrar no país da nacionalidade ou, pelo contrário, a um corolário do direito de um segundo Estado expulsar estrangeiros, o que acarretaria a obrigação do Estado da nacionalidade readmitir os seus nacionais (*International*

uma livre relação com o território do Estado da nacionalidade<sup>509</sup>. É uma consequência da nacionalidade e um direito de cidadania. Mas não ignoramos que, por outro lado, e no plano das relações interestaduais, se trate ainda do reconhecimento de que o Estado da nacionalidade deve ser “responsável” pelos seus nacionais<sup>510</sup>.

O direito de entrada no país da nacionalidade comporta vários corolários. Implica o direito de permanecer nesse país, o direito de aí reentrar depois de o ter deixado, bem como, ainda, o direito de aí entrar pela primeira vez, no que toca aos nacionais que tenham nascido no estrangeiro<sup>511</sup>. Ele encontra-se expressamente consagrado em vários instrumentos<sup>512</sup> - veja-se, desde logo, o art. 13.º, n.º 2 da DUDH («toda a pessoa tem o direito (...) de regressar ao seu país») e o art. 12.º, n.º 4 do PIDCP («ninguém pode ser arbitrariamente privado do direito de entrar no seu próprio país»). Cabe também referir o art. 5.º, al. d), (ii) da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, que confere o direito de abandonar qualquer país, incluindo o seu, e de regressar ao seu país<sup>513</sup>, bem como o art. 9.º, n.º 2 da Convenção dos Direitos da Criança, que estipula que os Estados-Parte devem garantir o direito de a criança e seus pais regressarem ao seu próprio país. O mesmo direito é ainda garantido pelo n.º 2 do art. 8.º da já referida Convenção das Nações Unidas de Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e Membros das suas Famílias nos seguintes termos: «os trabalhadores migrantes e os membros da sua família têm o direito a regressar em qualquer momento ao seu Estado de origem e aí permanecer». Por fim, o art. 3.º, n.º 2 do Protocolo n.º 4 anexo à CEDH determina que «ninguém pode ser privado do direito de entrar no território do Estado de que for cidadão»<sup>514</sup>.

As várias normas referidas apresentam algumas diferenças. Algumas preveem apenas um dos corolários do direito – o direito de reentrada no território nacional. Mas mais significativo é ainda o facto de algumas normas o consagrarem enquanto direito suscetível de limitações, ao passo que outras o consagram como direito absoluto. Assim, o n.º 4 do art. 12.º do PIDCP, ao garantir que ninguém pode ser privado *arbitrariamente* de entrar no seu próprio país, abre a possibilidade de se estabelecerem limitações justificadas a esses direito<sup>515</sup>. Já o

---

*Migration Law*..., p. 71). Esta última visão está ainda ancorada no paradigma tradicional do direito internacional. Ela implicaria que o Estado da nacionalidade não teria obrigação de aceitar os seus cidadãos no território, se existisse outro Estado disposto a aceitá-los. Semelhante obrigação apenas existiria se não existisse outro Estado disposto a acolher o indivíduo. A perspetiva atual, ancorada na codificação deste direito em vários instrumentos de proteção dos direitos humanos, é a de que ele corresponde a um verdadeiro direito *do cidadão nacional*.

<sup>509</sup> Assim, também, JORGE MIRANDA, *Manual*... Tomo III, p. 265.

<sup>510</sup> Assim, também, ELPETH GUILD, *The Legal Elements*..., p. 8.

<sup>511</sup> LUDOVIC HENNEBEL, *La Jurisprudence*..., p. 183.

<sup>512</sup> Para além dos instrumentos a seguir referidos, foram feitas ainda várias tentativas a nível internacional para regular o direito de sair e regressar ao próprio país, como a Declaração de Estrasburgo sobre o direito de sair e regressar, adotada em 26/11/1986 por uma reunião de peritos. Para mais desenvolvimentos, v. VINCENT CHÉTAIL, “Freedom of Movement...”, p. 52 e ainda AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, *The Movement of Persons*..., p. 80.

<sup>513</sup> A Convenção foi adotada em 21 de dezembro de 1965, e foi aprovada para adesão em Portugal pela Lei n.º 7/82, de 29 de abril, tendo entrado em vigor na nossa ordem jurídica a 23/09/1982.

<sup>514</sup> O Protocolo n.º 4 foi aprovado para ratificação pela Assembleia da República juntamente com a CEDH através da Lei n.º 65/78, de 13 de outubro, tendo entrado em vigor no ordenamento jurídico português a 09/11/1978.

<sup>515</sup> O Comentário Geral n.º 27, *Freedom of movement*, de 01/11/1999, refere, porém, que serão escassas as situações em que tais limitações poderão ser consideradas razoáveis.

n.º 2 do art. 3.º do Protocolo n.º 4 anexo à CEDH formula o referido direito em termos absolutos<sup>516</sup>.

As diferenças de formulação são patentes ainda no que respeita ao âmbito subjetivo de proteção do direito. O art. 14.º do PIDCP fala do direito a entrar no «seu próprio país», omitindo qualquer referência a *cidadania* ou *nacionalidade*. A formulação do Protocolo n.º 4 anexo à CEDH é mais restritiva, circunscrevendo o direito de entrada no território estadual, expressamente, aos *cidadãos* desse Estado. Os órgãos de garantia da CEDH já confirmaram que o direito de entrada no território nacional apenas se aplicava aos *cidadãos nacionais*<sup>517</sup>.

Por seu turno, o órgão de controlo do PIDCP também já se pronunciou sobre o âmbito subjetivo do direito plasmado no art. 12.º, n.º 4 do PIDCP. No caso *Stewart c. Canada*, o Comité dos Direitos Humanos analisou se essa norma se podia aplicar a um estrangeiro que vivia no Canadá desde os sete anos de idade<sup>518</sup>. O Comité considerou que, à partida, se pretendia incluir na norma apenas os *nacionais* do Estado, definidos de acordo com o direito interno. Apenas em casos excecionais e muito restritos, que analisaremos na Parte III, se poderia alargar o âmbito de proteção da norma em causa a não nacionais<sup>519</sup>.

## 1.2. PREVISÃO DE UM DIREITO DE LIVRE CIRCULAÇÃO E RESIDÊNCIA NO INTERIOR DO ESTADO

Alguns instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos consagram um direito de livre circulação e residência, mas esse direito é limitado ao *interior* do Estado, não dizendo, por isso, respeito à *entrada no território* estadual. Este direito está consagrado, desde logo, no art. 13.º, n.º 1 da DUDH, nos seguintes termos: «toda a pessoa tem o direito de livremente circular e escolher a sua residência no interior de um Estado»<sup>520</sup>. O art. 12.º, n.º 1 do PIDCP, por seu turno, refere: «todo o indivíduo legalmente no território de um Estado tem o direito de circular livremente e de aí escolher livremente a sua residência». Esta norma impede que os Estados imponham restrições ou quotas no que toca aos locais onde os estrangeiros se podem estabelecer no território. Para o Comité dos Direitos Humanos, trata-se de uma condição indispensável ao livre desenvolvimento do indivíduo<sup>521</sup>. No entanto, esta norma subordina expressamente o reconhecimento do direito de livre circulação à permanência legal no território<sup>522</sup>. Por outro lado, o n.º 3 do mesmo normativo permite a previsão de restrições a este direito, desde que «estejam previstas na lei e sejam necessárias para proteger a segurança nacional, a ordem pública, a saúde ou a moralidade públicas ou os

---

<sup>516</sup> O TEDH já teve oportunidade de analisar vários casos respeitantes a situações em que nacionais foram impedidos de entrar no seu próprio país. V., a título de exemplo, a dec. de 25/10/2005, *Nagula c. Estónia*, queixa n.º 39203/02.

<sup>517</sup> Dec. de 09/07/1993, *A. c. São Marino*, queixa n.º 21069/92.

<sup>518</sup> Dec. de 16/12/1996, *Stewart c. Canadá*, comunicação n.º 538/1993.

<sup>519</sup> Cf. *infra* Parte III, Capítulo II, ponto 3.2.1.

<sup>520</sup> Note-se que, contrariamente às normas a seguir analisadas, o art. 13.º da DUDH não faz depender o direito de circulação e de escolha do local de residência à necessidade de entrada e permanência regulares no território.

<sup>521</sup> Sobre este ponto, v. LUDOVIC HENNEBEL, *La Jurisprudence...*, p. 177.

<sup>522</sup> Assim o afirma, no parágrafo 8, o Comentário Geral n.º 15, *The position of aliens under the Covenant*, de 30/09/1986.

direitos e liberdades de outrem e sejam compatíveis com os outros direitos reconhecidos pelo presente Pacto».

A Convenção das Nações Unidas para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias refere, no art. 39.º, o direito de livre circulação no território do Estado de emprego e de livre escolha de residência. No entanto, este direito está plasmado na Parte IV da Convenção, que se aplica apenas aos estrangeiros que se encontram em situação regular.

Por seu turno, o art. 2.º, n.º1 do Protocolo n.º 4 anexo à CEDH estipula que «qualquer pessoa que se encontra em situação regular em território de um Estado tem direito a nele circular livremente e a escolher livremente a sua residência»<sup>523</sup>. O campo de aplicação deste normativo também está limitado aos indivíduos que se encontrem em *situação regular* no território<sup>524</sup>. Devem entender-se como tal aqueles que cumpram as condições impostas pela lei de imigração do país onde se encontrem<sup>525</sup>.

Em conclusão, também da configuração de um direito de circulação e residência pelos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos não deriva a possibilidade de proteção de um direito de entrada no território para estrangeiros, tendo este direito um âmbito específico que não abarca a situação da circulação transnacional.

### 1.3. CONSAGRAÇÃO DE UM DIREITO À EMIGRAÇÃO

Do direito internacional deriva ainda a proteção de um direito à *emigração*, ou uma liberdade de sair dos territórios estaduais. Esse direito encontra-se consagrado em vários instrumentos. Assim, dispõe o art. 13.º, n.º2 da DUDH: «toda a pessoa tem o direito de abandonar o país em que se encontra, incluindo o seu (...)»<sup>526</sup>, redação que é retomada no art. 12.º, n.º2 do PIDCP. Também o art. 10.º, n.º2 da Convenção dos Direitos da Criança, confere o direito de sair de qualquer país, incluindo o da nacionalidade. Por fim, nos termos do art. 2.º, n.º2 do Protocolo n.º4 anexo à CEDH, «toda a pessoa é livre de deixar um país qualquer, incluindo o seu próprio». A Convenção das Nações Unidas para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias<sup>527</sup>, a Carta

---

<sup>523</sup> A redação deste artigo foi inspirada no art. 13.º da DUDH. Cf. JACOBS & WHITE, *The European Convention...*, p. 402.

<sup>524</sup> Sobre este ponto, v. MARIA LUÍSA DUARTE, *A Liberdade de circulação...*, p. 51. Para além disso, prevê-se no n.º3 a possibilidade de se estabelecerem restrições a este direito, desde que sejam «previstas pela lei, constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a segurança pública, a manutenção da ordem pública, a prevenção de infracções penais, a proteção da saúde ou da moral ou a salvaguarda dos direitos e liberdades de terceiros». O n.º 4 permite em especial a fixação de restrições à liberdade de circulação em certas zonas, também desde que sejam previstas pela lei e «se justifiquem pelo interesse público numa sociedade democrática».

<sup>525</sup> Assim, a dec. do TEDH de 27/04/1995, *Piermont c. França*, queixa n.º 15773/89.

<sup>526</sup> A consagração desta disposição recebeu alguma oposição por parte da União Soviética. V. VINCENT CHÉTAIL, «The Transnational Movement of Persons...», p. 15.

<sup>527</sup> Nos termos do art. 8.º, «Os trabalhadores migrantes e os membros das suas famílias podem sair livremente de qualquer Estado, incluindo o seu Estado de origem. Este direito só pode ser objecto de restrições que, sendo previstas na lei, constituam disposições necessárias para proteger a segurança nacional, a ordem pública, a saúde ou moral públicas, ou os direitos e liberdades de outrem, e se mostrem compatíveis com os outros direitos reconhecidos na presente parte da Convenção».

Social Europeia<sup>528</sup> e a Convenção Europeia relativa ao Estatuto Jurídico do Trabalhador Migrante<sup>529</sup> também preveem semelhante direito. Para além dos instrumentos referidos, foram feitas outras tentativas a nível internacional para regular o direito de sair e regressar ao próprio país, como a já referida Declaração de Estrasburgo sobre o direito de sair e regressar<sup>530</sup>.

O direito a emigrar constitui um atributo essencial da liberdade individual<sup>531</sup>, intimamente ligado ao direito à autodeterminação pessoal<sup>532</sup>. Assim, alguma doutrina considera que o mesmo constitui uma regra de direito internacional costumeiro<sup>533</sup>.

O campo de aplicação subjetivo do direito a sair do território é amplo, abrangendo quer nacionais quer estrangeiros, independentemente do estatuto destes últimos<sup>534</sup>. No que toca ao campo de aplicação objetivo, o direito a sair do território abrange quer saídas temporárias, quer saídas por longo tempo, por tempo indeterminado, ou com intenção de definitividade. Os motivos que estão na base da decisão de sair do território são também irrelevantes<sup>535</sup>.

O direito a sair do território estadual tem dois corolários. Por um lado, implica a obrigação negativa do Estado de *não impedir* a partida das pessoas presentes no seu território. Ou seja, comporta uma proibição dirigida ao Estado, no sentido de não reter arbitrariamente uma pessoa que se encontre no seu território e demonstre vontade de o deixar<sup>536</sup>. Por outro lado, comporta a obrigação positiva de tomar as medidas necessárias para possibilitar a efetivação do exercício desse direito. Isso implica, desde logo, a obrigação de emissão dos documentos de viagem necessários<sup>537</sup>.

---

<sup>528</sup> O art. 18.º estipula: «Com vista a assegurar o exercício efectivo do direito ao exercício de uma actividade lucrativa no território de qualquer Parte, as Partes comprometem-se a reconhecer vários direitos», entre eles, no n.º4: «o direito de saída dos seus nacionais que desejem exercer uma actividade lucrativa no território de outras Partes».

<sup>529</sup> Nos termos do art. 4.º: «as Partes Contratantes garantem ao trabalhador migrante os seguintes direitos (...) Direito de saída do território da Parte Contratante de que é originário».

<sup>530</sup> Para mais desenvolvimentos, v. AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, *The Movement of Persons...*, p. 80 e ainda VINCENT CHÉTAIL, “Freedom of Movement...”, p. 52.

<sup>531</sup> Neste contexto são bem ilustrativas as palavras de LAUTERPACHT: «a State which denies to its citizens the right to emigrate reduces itself to the level of prison». Cf. HERSCH LAUTERPACHT, *An International Bill...*, p. 130. Sobre as raízes desse direito, ancoradas no direito natural, v. VINCENT CHÉTAIL, “The Transnational Movement of Persons...”, p. 10.

<sup>532</sup> ALAN DOWTY, *Closed Borders...*, p. 4.

<sup>533</sup> AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, *The Movement of Persons...*, p. 7, VINCENT CHÉTAIL, “The Transnational Movement of Persons...”, p. 10 e ss.

<sup>534</sup> Não obstante, alguma doutrina refere que, no caso dos estrangeiros, a possibilidade de se prever restrições a este direito é muito mais limitada que no caso dos cidadãos nacionais. Cf. AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, *The Movement of Persons...*, p. 81.

<sup>535</sup> Assim, COMITÉ DOS DIREITOS HUMANOS, Comentário Geral n.º 15, *The position of aliens under the Covenant*, cit.

<sup>536</sup> RICHARD PERRUCHOU, *Migrations et Protection...*, p. 73. Na dec. de 27/11/2012, *Stamose c. Bulgária*, queixa n.º 29713/05, o TEDH considerou que a proibição de viajar, imposta durante dois anos a um cidadão búlgaro pelo facto de o mesmo ter violado a lei de imigração dos EUA era uma medida desproporcionada, não podendo ser cabalmente justificada com a prevenção de violações da lei de imigração nacional ou estrangeira.

<sup>537</sup> RICHARD PLENDER referia, em 1972, que não se podia ainda falar de uma obrigação de os Estados emitirem passaportes aos respetivos nacionais, mas que havia uma obrigação de proibição de recusa arbitrária desses pedidos. Cf. *International Migration Law...*, p. 86. No entanto, ultimamente já se tem falado de um verdadeiro “direito ao passaporte”. Nesse sentido, a decisão do Comité de Direitos Humanos de 21/07/1994, *Peltonen c. Finlândia*, comunicação n.º 492/1992, e a dec. de 20/07/2007, *El Dermani c. Líbia*, comunicação n.º 1143/2002, em que o Comité considerou que o país de origem tinha a obrigação de facilitar o reagrupamento familiar, não

O direito a sair de qualquer país não é um direito absoluto, podendo sofrer restrições, respeitado que seja o princípio da proporcionalidade<sup>538</sup>.

Tem-se entendido ainda que o direito a sair de qualquer país abrange também o direito a *escolher* livremente o país de destino<sup>539</sup>. Tem-se afirmado por vezes que essa liberdade se estenderia inclusivamente ao estrangeiro expulso, podendo este escolher o Estado de destino<sup>540</sup>. Não obstante, o direito a *escolher* o Estado de destino é um direito que se efetua ainda perante o Estado de cujo território se pretende *sair*. O Estado de cujo território o estrangeiro sai não pode impor, contra a vontade do estrangeiro, um determinado destino. Esse direito, porém, nada acrescenta no que toca a um direito de *entrada* no Estado de destino escolhido.

Alguns autores consideram que, do direito de saída do território nacional, poderá decorrer eventualmente um direito à entrada noutro território estadual, mas que esse direito não recai sobre nenhum Estado em particular<sup>541</sup>. No entanto, as formulações encontradas para densificar essa garantia parecem vazias de conteúdo: atente-se na formulação de NAFZIGER, que refere que o direito a emigrar implicaria que os Estados, no seu conjunto, não impedissem totalmente a entrada de estrangeiros nos seus territórios<sup>542</sup>.

Estas formulações doutrinárias visam responder a uma *assimetria* das normas de direito internacional positivo no que toca a regras sobre movimentos de pessoas. Tal assimetria deriva do facto de se consagrar um direito de saída do território nacional sem se consagrar, em contrapartida, um direito de entrada noutro Estado, quando, em termos práticos, a saída de qualquer país pressupõe logicamente a entrada noutro. E assim é porque o sujeito passivo do direito a sair de qualquer país é apenas o Estado de emigração.

Ao não se reconhecer um direito de entrada no território que não o da nacionalidade, pode dizer-se, enfim, que ainda não se reconhece no direito internacional um direito à

---

impedindo a saída do território, nomeadamente através do confisco de passaporte. No contexto do TEDH, v., *inter alia*, a dec. do TEDH de 22/05/2001, *Baumann c. França*, queixa n.º 33592/96. Também a Convenção Europeia sobre o Estatuto Jurídico do Trabalhador Migrante dá acolhimento a este entendimento, ao estabelecer que os documentos necessários para a emigração do trabalhador devem ser emitidos o mais rapidamente possível e mediante um custo razoável. Sobre o direito ao passaporte em geral v. AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, *The Movement of Persons...*, p. 82, JACQUES FIALAIRE & ÉRIC MONDIELLI, *Droits Fondamentaux...*, p. 372, FREDERIC SUDRE, *Droit Européen...*, p. 350, e ainda, no contexto da CEDH, JACOBS & WHITE, *The European Convention...*, p. 402 e ss. Sobre algumas restrições injustificadas a este direito, v. RICHARD PLENDER, “Human Rights of Aliens...”, p. 41.

<sup>538</sup> V. art. 2.º, n.º3 do Protocolo n.º4 anexo à CEDH, que dispõe: «o exercício destes direitos não pode ser objeto de outras restrições senão as que, previstas pela lei, constituem providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a segurança pública, a manutenção da ordem pública, a prevenção de infracções penais, a proteção da saúde ou da moral ou a salvaguarda dos direitos e liberdades de terceiros». Por exemplo, este direito não pode ser invocado para se evitar um procedimento criminal em curso. Não obstante, na dec. de 23/05/2006, *Riener c. Bulgária*, queixa n.º 46343/99, o TEDH considerou que um Estado que invocava dívidas fiscais para impedir que um indivíduo saísse do território por tempo indeterminado violava este direito. Por seu turno, também a CDC dispõe que o direito a sair do território pode ser objeto de restrições quando as mesmas estejam previstas na lei, sejam necessárias para proteger a segurança nacional, a ordem pública, a saúde ou moral públicas, ou os direitos e liberdades de outrem, e se mostrem compatíveis com os outros direitos reconhecidos na Convenção. Para mais desenvolvimentos sobre este ponto, v. AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, *The Movement of Persons...*, p. 75 e ss., ALAN DOWTY, *Closed Borders...*, p. 7 e ss., VINCENT CHÉTAIL, “Freedom of Movement...”, p. 54 e ss. e “Migration...”, p. 68.

<sup>539</sup> COMITÉ DOS DIREITOS HUMANOS, Comentário Geral n.º 27, *Freedom of movement*, de 01/11/1999.

<sup>540</sup> LUDOVIC HENNEBEL, *La Jurisprudence...*, p. 181

<sup>541</sup> JAVIER DE LUCAS, “El Marco Jurídico...”, p. 41.

<sup>542</sup> JAMES A.R. NAFZIGER, “The General Admission...”, p. 842.

liberdade de movimentos *pleno*, já que semelhante direito envolveria o direito a deixar um Estado e o direito a entrar noutro Estado<sup>543</sup>. Apenas se consagra, pois, o direito a sair do próprio Estado - o direito a emigrar, *i.e.*, a colocar-se “em órbita”<sup>544</sup>.

#### 1.4. PERMANÊNCIA NO TERRITÓRIO ESTADUAL

Assim como não decorre do direito internacional um direito de entrada de estrangeiros no território dos Estados da sua eleição, também não é reconhecido pelos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos um direito geral de permanência nesses territórios<sup>545</sup>. Assim, a *medida de expulsão* pode ser aplicada a estrangeiros<sup>546</sup>.

##### 1.4.1. A proibição de expulsão de cidadãos nacionais

Do direito internacional apenas decorre para os Estados a proibição de expulsão dos seus *nacionais*. O art. 3.º, n.º1 do Protocolo n.º4 anexo à CEDH determina: «Ninguém pode ser expulso, em virtude de disposição individual ou colectiva, do território do Estado de que for cidadão».

Antes da consagração desta regra, já se reconhecia que a expulsão de nacionais era limitada. HANS Kelsen referia na sua *Teoria Geral do Direito e do Estado* que assim era «porque o indivíduo degredado é um estrangeiro em qualquer outro Estado, e todo o Estado tem o direito de expulsar qualquer estrangeiro, a qualquer momento. O país do estrangeiro expulso violaria esse direito ao lhe recusar permissão para voltar»<sup>547</sup>. Para Kelsen, assim, a proibição de expulsão de nacionais seria um corolário do direito de os Estados expulsarem estrangeiros. A conceção clássica do direito internacional está aqui bem patente, já que é perspectivada apenas a partir dos direitos e relações inter Estados.

Hoje, o entendimento corrente é o de que a proibição de expulsão de nacionais deriva de *um direito individual dos cidadãos*. Trata-se de uma decorrência do princípio de que todos os nacionais de um Estado têm o direito de entrar e permanecer no respetivo território. É um

---

<sup>543</sup> Assim, também GERASSIMOS FOURLANOS, *Sovereignty and the Ingress...*, p. 79, e JACQUELINE BHABHA, “Children, Migration...”, p. 206.

<sup>544</sup> JAVIER DE LUCAS, “El Marco Jurídico...”, p. 40.

<sup>545</sup> Sobre este ponto, v. GUY S. GOODWIN-GILL, *International Law...*, p. 186 e ss. e RICHARD LILLICH, *The Human Rights of Aliens...*, p. 85. Também aqui há que ressaltar os acordos bilaterais negociados dentro de uma lógica interestadual, através dos quais os Estados podem atribuir mutuamente semelhante direito aos nacionais de cada um. De mencionar, no seio do Conselho da Europa, o Acordo Europeu sobre o regime de circulação de pessoas entre os Estados-Membros do Conselho da Europa, de 1957, e a já referida Convenção Europeia do Estabelecimento, de 1955. O art. 3.º desta última impõe fortes limitações ao poder dos Estados de expulsarem os nacionais dos demais Estados-Parte. As referidas expulsões apenas são permitidas se estes puserem em perigo a segurança nacional ou ofenderem a ordem ou moral públicas. Os estrangeiros que se encontrem no país de acolhimento há mais de dois anos beneficiam de proteção acrescida.

<sup>546</sup> Veja-se, a título de exemplo, o art. 56.º da Convenção das Nações Unidas para a Proteção de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros das suas Famílias que prescreve, numa fórmula inicial promissora que «os trabalhadores migrantes e os membros das suas famílias a que se refere esta parte da presente Convenção não podem ser expulsos de um Estado de emprego», para logo devolver o *ius excludendi* aos Estados, afirmando que essa expulsão pode ser levada a cabo «por razões definidas na legislação nacional desse Estado».

<sup>547</sup> HANS Kelsen, *Teoria Geral do Direito e do Estado...*, p. 339.



direito inerente à qualidade de cidadão nacional, considerando-se que um Estado que expulsa os seus nacionais destrói os laços de nacionalidade<sup>548</sup>.

A proibição de expulsão de cidadãos nacionais é absoluta e incondicional<sup>549</sup>. Isso significa que o Estado não pode limitar essa proibição invocando a necessidade de proteção de um interesse público superior. Não obstante, e apesar dessa proteção absoluta, alguns autores referem que não se pode falar de um princípio de direito internacional geral ou comum de proibição de expulsão de nacionais. Essa regra derivaria apenas dos tratados de proteção dos direitos humanos<sup>550</sup>. Por outro lado, há que sublinhar que não é reconhecida uma regra semelhante no que diz respeito à extradição, que é um instituto com configuração e finalidades distintas do da expulsão. Por fim, tem-se invocado, como corolário do direito a não ser expulso, a obrigação de o Estado readmitir os seus nacionais<sup>551</sup> que, no nosso entender, é ainda uma decorrência do direito desses cidadãos entrarem livremente no território da sua nacionalidade.

Contrariamente aos nacionais, os estrangeiros não se podem arrogar, face ao atual estágio de evolução do direito internacional, de um direito a não serem expulsos do território de acolhimento. Uma medida de expulsão pode ser, em regra, aplicada a estrangeiros, mesmo que estes últimos sejam titulares de uma autorização de residência, e mesmo que esta tenha caráter de permanência. Apenas os nacionais estão protegidos contra medidas de expulsão e, por isso, a forma de um estrangeiro garantir que não pode ser expulso é através da aquisição da nacionalidade do Estado de acolhimento através de naturalização.

Neste ponto, importa lembrar que os Estados são soberanos para determinar quem são os seus nacionais. O direito internacional, em regra, não se imiscui nessa tarefa<sup>552</sup>. O TEDH considerou que a CEDH não garantia um direito à nacionalidade, semelhante ao inscrito no art. 15.º da DUDH, e que a “nacionalidade”, para os efeitos do art. 3.º do Protocolo n.º 4, deveria ser determinada de acordo com o direito interno de cada Estado. O Comité de Peritos propôs a inclusão de uma cláusula no sentido de que os Estados estariam proibidos de retirar abusivamente a nacionalidade de um cidadão, de forma a poderem expulsar o mesmo, mas a proposta foi abandonada por dizer respeito a um assunto próximo do “núcleo duro” da soberania estadual. Não obstante, numa decisão de 1969, a ComEH deu a entender que, apesar de a Convenção não mencionar o direito a uma nacionalidade, não seria admissível um Estado recusá-la arbitrariamente a um indivíduo que cumprisse os requisitos para a obter, se a recusa apenas tivesse como objetivo a expulsão do mesmo do território<sup>553</sup>. Essa foi também, de resto, a posição do Comité de Direitos Humanos das Nações Unidas<sup>554</sup>.

---

<sup>548</sup> AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, *The Movement of Persons...*, p. 85.

<sup>549</sup> FRÉDÉRIC SUDRE, *Droit Européen...*, p. 349.

<sup>550</sup> KARL DOEHRING, “Aliens, Expulsion and Deportation...”, p. 110.

<sup>551</sup> ANNE LISE DUCROQUETZ, *L'Expulsion des Étrangers...*, p. 30.

<sup>552</sup> Embora também se afirme, cada vez mais, a influência dos princípios de direito internacional que limitam fortemente a discricionariedade dos Estados. Sobre este ponto, v. ANA RITA GIL, “Princípios de Direito da Nacionalidade...”.

<sup>553</sup> Dec. de 15/12/1969, *X c. República Federal da Alemanha*, queixa n.º 3745/68. Note-se, porém, que no caso referido, a ComEDH considerou não existirem provas suficientes de que as intenções das autoridades alemãs em negar a nacionalidade ao estrangeiro se destinariam apenas a possibilitar-lhe a aplicação de uma medida de expulsão. Sobre este ponto, v. ainda ANNE LISE DUCROQUETZ, *L'Expulsion des Étrangers...*, p. 34.

<sup>554</sup> COMITÉ DOS DIREITOS HUMANOS, Comentário Geral n.º 27, *Freedom of movement*, cit. V., ainda, dec. de 02/11/2000, *M. Simlae Toala e outro c. Nova Zelândia*, comunicação n.º 675/1995.

No que toca a este ponto, importa ter ainda em conta a situação específica dos apátridas. De facto, estas pessoas, por não possuírem a nacionalidade de nenhum Estado, podem por todos ser expulsos... De qualquer forma, importa ter presente neste ponto a proteção que pode ser conferida pela Convenção Relativa ao Estatuto dos Apátridas<sup>555</sup> que dispõe que os Estados não deverão expulsar um apátrida que se encontre legalmente no seu território, a não ser por razões de segurança nacional ou de ordem pública. Parece-nos que decorre, assim, desta convenção, um direito à não expulsão, embora limitável pelos motivos assinalados.

### 1.5. A CONSAGRAÇÃO DA DOUTRINA TRADICIONAL NA JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL

Os organismos destinados à salvaguarda do respeito pelos instrumentos de proteção dos direitos humanos têm também negado o reconhecimento de um direito geral à imigração e, inclusivamente, afirmado expressamente os postulados da doutrina tradicional. Tomemos como exemplo a jurisprudência dos órgãos de garantia da CEDH, que é particularmente ilustrativa<sup>556</sup>.

Nos casos em que está em causa uma pretensão por parte do estrangeiro em entrar ou permanecer no território estadual, os órgãos de garantia da CEDH partem sempre do mesmo ponto: o da afirmação de que o direito a entrar ou permanecer num território que não o da nacionalidade *não é reconhecido a estrangeiros*. Mais. Afirmam que os Estados podem controlar a entrada e saída de estrangeiros do território, gozando de ampla discricionariedade no que toca ao exercício desses poderes.

A ComEDH afirmou desde cedo que um direito de um estrangeiro residir no território de uma parte contratante não era, em si (*«as such»/«en tant que tel»*), garantido pela Convenção<sup>557</sup>. Ao argumento derivado da falta de menção expressa a esse direito, a ComEDH juntou outros argumentos, extraídos das normas escritas da CEDH: para este órgão, decorreria ainda dos art. 5.º, n.º 1, f) da CEDH, (que permite aos Estados proceder à detenção de estrangeiros para lhes impedir a entrada ilegal no território ou se estiver em curso um procedimento de expulsão ou de extradição contra os mesmos), bem como dos art. 3.º e 4.º do Protocolo n.º 4 anexo à CEDH (que consagram, respetivamente, a proibição de expulsão de nacionais e a proibição de expulsões coletivas), que as partes contratantes teriam pretendido reservar para si o poder de expulsão de estrangeiros dos seus territórios<sup>558</sup>. Por fim, afirmou que o direito de deixar o território de um Estado, previsto no Protocolo adicional à CEDH, não acarretava a obrigação, para este Estado, de facilitar a entrada de um estrangeiro num país particular<sup>559</sup>.

---

<sup>555</sup> A Convenção foi concluída em 28/09/1954, e foi aprovada em Portugal pela Resolução da Assembleia da República n.º 107/2012 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 134/2012.

<sup>556</sup> Para uma análise completa sobre a jurisprudência da ComEDH nesta matéria, v. YVES MADIOT, “Un Statut Européen ...”, p. 48.

<sup>557</sup> Cf., entre muitas dec. emanadas nesse sentido, logo na década de 60, a dec. da ComEDH, de 20/06/1964, *X. c. Áustria e Jugoslávia*, queixa n.º 2143/64.

<sup>558</sup> Dec. de 178/12/1976, *Agee c. Reino Unido*, queixa n.º 7729/76. V. ainda dec. de 06/05/81, *K. c. Reino Unido*, queixa n.º 8245/78, dec. de 06/03/1982, *X. c. Reino Unido*, queixa n.º 9088/80.

<sup>559</sup> Cf. queixa n.º 6779/74, (não publicada) citado por HÉLÈNE LAMBERT, *The Position of Aliens...*, p. 47.

Por seu turno, também quase todos os acórdãos do TEDH referentes a matéria de contencioso da imigração começam por referir a existência de um «velho» princípio de direito internacional «bem firmado», de acordo com o qual os Estados podem controlar a entrada e saída de estrangeiros do território, gozando de ampla discricionariedade nessa matéria<sup>560</sup>. O TEDH reconhece, assim, que o referido princípio é um princípio consuetudinário<sup>561</sup>. Este princípio tem vindo a ser reiterado na jurisprudência recente, embora com diferentes formulações<sup>562</sup>. Por vezes o TEDH refere-se a princípio *bem firmado*, ou a *princípio geral* de direito internacional<sup>563</sup>.

Outra fórmula comumente usada corresponde à adotada no célebre caso *Abdulaziz*, em que o TEDH afirmou que a CEDH, em particular o art. 8.º, que consagra o direito ao respeito pela vida familiar, não pode ser interpretada no sentido de comportar para um Estado-Parte a obrigação geral de respeitar a livre escolha, do domicílio de casais, e de aceitar a instalação de cônjuges não nacionais no país<sup>564</sup>.

No que toca à aplicação da pena de expulsão, o TEDH tem afirmado que ela consiste num meio necessário para os Estados assegurarem as funções soberanas, e que a situação dos estrangeiros, ainda que em situação regular, não se encontra em pé de igualdade com a dos cidadãos nacionais<sup>565</sup>. Sublinha, assim, que um direito à não expulsão não pode ser retirado da CEDH<sup>566</sup>. A medida de expulsão inscreve-se, para o TEDH, no quadro das competências territoriais do Estado, que incluem o direito de excluir os estrangeiros que, pelas suas atividades, comprometam a ordem e a tranquilidade públicas<sup>567</sup>. Assim, reconhecendo que incumbe aos Estados assegurar esses interesses coletivos, o TEDH afirma que isso pode implicar, como meio necessário, a expulsão de estrangeiros «delinquentes»<sup>568</sup>. Ainda neste seguimento, afirma também que a possibilidade de expulsar estrangeiros que se encontrem ilegalmente no território nacional é uma prerrogativa do Estado soberano<sup>569</sup>.

O TEDH reconhece, assim, expressamente, a prerrogativa soberana de controlar a imigração<sup>570</sup>.

A afirmação do *ius includendi et excludendi* por este órgão não o impediu, contudo, de desenvolver algumas das mais impressivas limitações à possibilidade de exercício desses poderes, como se explicará mais adiante.

---

<sup>560</sup> Cf. *inter alia*, dec. de 28/05/1985, *Abdulaziz, Cabales Y Balkandi c. Reino Unido*, queixas n.º 9214/80; 9473/81; 9474/81.

<sup>561</sup> CORTE COSTITUZIONALE, *Lo Straniero nella Giurisprudenza...*, p. 18.

<sup>562</sup> Assim, a recente dec. de 21/07/2015, *H.S. e outros c. Chipre*, queixa n. 41753/10.

<sup>563</sup> Dec. de 15/01/2007, *Sisoyeva e outras c. Letónia*, queixa n.º 60654/00.

<sup>564</sup> Dec. de 28/05/1985, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali c. Reino Unido*, queixas n.º 9214/80; 9473/81; 9474/81.

<sup>565</sup> Dec. de 18/10/2006, *Üner c. Holanda*, queixa n.º 46410/99.

<sup>566</sup> *Üner c. Holanda*, cit.

<sup>567</sup> MICHEL LEVINET, “L'éloignement...”, p. 94.

<sup>568</sup> Fórmula usada em vários arestos, como na dec. de 27/06/1996, *C. c. Bélgica*, queixa n.º 35/1995/541/627, na dec. de 24/04/1996, *Boughanemi c. França*, queixa n.º 22070/93, na dec. de 18/10/2006, *Üner c. Holanda*, queixa n.º 46410/99.

<sup>569</sup> Dec. de 27/04/1995, *Piermont c. França*, queixas n.º 15773/89 15774/89.

<sup>570</sup> YVES MADIOT, “Un Statut Européen...”, p. 49, NICHOLAS BLAKE & RAZA HUSAIN, *Immigration, Asylum...*, p. 178.

## 2. DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

Do direito da UE também não decorre o reconhecimento de direitos fundamentais de imigração para os nacionais de países terceiros.

Apesar de alguns instrumentos de direito derivado concederem a possibilidade de entrada ou permanência no território dos Estados-Membros, esses instrumentos são parcos e não concedem, verdadeiramente, um *direito fundamental*, mas simples *direitos subjetivos*, decididos no contexto de uma concreta política de imigração comum e que, por isso, podem ser revogados pelo legislador europeu.

Analisemos, neste contexto, em primeiro lugar, as normas europeias referentes à entrada e circulação de pessoas no território dos Estados-Membros e, em segundo lugar, as normas respeitantes à permanência dos referidos nacionais nesses mesmos territórios.

### 2.1. ENTRADA E CIRCULAÇÃO DE PESSOAS NOS TERRITÓRIOS DOS ESTADOS-MEMBROS

Em primeiro lugar, cabe sublinhar que também as normas da UE não consagram um *direito geral de entrada* dos nacionais de países terceiros no território dos Estados-Membros. Não obstante, tal como os instrumentos de direito internacional atrás analisados, também o direito da UE não guarda silêncio absoluto no que toca à regulação da entrada de pessoas nesses territórios. Desde logo, e em sintonia com as normas de direito internacional estudadas, o TJ afirmou em 1974 o princípio de direito internacional de acordo com o qual um Estado está impedido de recusar aos *seus próprios nacionais* o direito de entrada ou de residência<sup>571</sup>. No que toca aos nacionais de países terceiros, o TJ já teve ocasião de afirmar que não existe qualquer obrigação geral para os Estados-Membros de os admitir nos seus territórios<sup>572</sup>. Por seu turno, os tratados da UE não se debruçam diretamente sobre a entrada de nacionais de países terceiros no território dos Estados-Membros. Eles apenas remetem para o direito derivado a regulação das condições de entrada, seja enquanto primeira entrada (1.1.), seja enquanto circulação de um Estado-Membro para outro (1.2.).

#### 2.1.1. A entrada de nacionais de países terceiros nos territórios dos Estados-Membros

No que toca à entrada nos territórios dos Estados-Membros os tratados não conferem qualquer direito aos nacionais de países terceiros, como se referiu. A CDFUE é totalmente omissa neste aspeto. O art. 79.º do TFUE, por seu turno, limita-se a estabelecer que a União adota medidas no que toca à «definição das condições de entrada e de residência de estrangeiros». Esta norma não consagra, assim, propriamente um *direito* de entrada dos nacionais de países terceiros nos territórios dos Estados-Membros, limitando-se a remeter para o legislador da União a decisão quanto à adoção de normas sobre a entrada de estrangeiros e sobre o respetivo conteúdo. Assim, o ponto de partida nesta matéria é o de que os nacionais de países terceiros não possuem um direito fundamental de acesso ou

---

<sup>571</sup> Ac. de 04/12/1974 *Van Duyn c. Home Office* proc. n.º C-41/74.

<sup>572</sup> Ac. de 27/06/2006, *Parlamento Europeu c. Conselho*, proc. n.º C – 540/03. Sobre a afirmação do *ius includendi* neste aresto, v. HELEN OOSTEROM-STAPLES, “The Family Reunification...”, p. 466.

residência no território dos Estados-Membros, cabendo ao legislador da UE decidir da concessão de tal direito<sup>573</sup>.

No desenvolvimento desta norma, foram já emanados vários atos de direito derivado, como tivemos a oportunidade de enumerar<sup>574</sup>. No entanto, da leitura dos mesmos resulta que poucos são aqueles que verdadeiramente conferem um direito subjetivo de entrada dos nacionais de países terceiros que cumpram as condições especificadas nos mesmos. Outros deixam espaço para os Estados-Membros aplicarem as suas leis de imigração, não conferido, por isso, de forma direta, um qualquer direito subjetivo à imigração<sup>575</sup>.

Julgamos que um direito subjetivo de entrada é conferido, por exemplo, na Diretiva respeitante ao direito ao reagrupamento familiar<sup>576</sup>. O art. 1.º é claro quando refere que a Diretiva visa estabelecer as condições em que o *direito* ao reagrupamento familiar pode ser exercido. Por seu turno, o art. 4.º estabelece que os Estados-Membros *devem* permitir a entrada e residência dos familiares aí enumerados, caso se cumpram as condições aí enumeradas. O TJ já afirmou este entendimento, como se analisará detalhadamente *infra*<sup>577</sup>.

Por seu turno, a Diretiva respeitante a entrada para efeitos de estudos<sup>578</sup> e a Diretiva referente à entrada para efeitos de investigação científica<sup>579</sup> conferem também um direito de entrada aos nacionais de países terceiros que cumpram as condições para o efeito indicadas.

A primeira estabelece categoricamente, no art. 12.º, que «será emitida uma autorização de residência para o estudante do ensino superior» que cumpra as condições enunciadas nos artigos 6.º e 7.º, a qual «será renovada» se se continuarem a verificar tais condições. Da formulação do art. 15.º, que permite aos Estados recusar ou não renovar o título de residência *nas circunstâncias aí mencionadas*, decorre que, à partida, os mesmos teriam o *dever* de emitir os referidos títulos, só não o podendo fazer nos casos aí expressamente referidos<sup>580</sup>. O TJ confirmou precisamente este entendimento, ao afirmar que o art. 12.º da Diretiva deve ser interpretado no sentido de que o Estado-Membro está obrigado a admitir no seu território um nacional de país terceiro que cumpra as condições de admissão aí previstas<sup>581</sup>.

---

<sup>573</sup> Assim, PIETER BOELES, “Introduction: Freedom, Security and Justice for All...”, p. 9.

<sup>574</sup> Cf. *supra*, Capítulo II, ponto 5.2.

<sup>575</sup> Assim, KEES GRONENDIJK, “Introduction: Migration and Law in Europe...”, p. 9.

<sup>576</sup> Diretiva 2003/86/CE, de 22/09/2003, relativa ao direito ao reagrupamento familiar.

<sup>577</sup> V. *supra*, Parte III, Capítulo II, ponto 2.4.2. Cf. Ac. de 27/06/2006, *Parlamento Europeu / Conselho*, proc. n.º C-540/03, em que o TJ confirmou que a Diretiva consagrava um direito subjetivo, afastando, assim, os argumentos da doutrina no sentido de que esse instrumento se limitava a harmonizar as práticas nacionais de entrada de familiares estrangeiros nos territórios dos Estados-Membros. V., por exemplo, HENRI LABAYLE, “Droits de l’Homme...”, p. 101.

<sup>578</sup> Diretiva 2004/114/CE, de 13/12/2004, relativa às condições de admissão de nacionais de países terceiros para efeitos de estudos, de intercâmbio de estudantes, de formação não remunerada ou de voluntariado.

<sup>579</sup> Diretiva 2005/71/CE, de 12/10/2005, relativa a um procedimento específico de admissão de nacionais de países terceiros para efeitos de investigação científica Sobre o regime de ambas as Diretivas v., *inter alia*, STEVE PEERS, *EU Justice and Home Affairs...*, p. 451 e ss., AA.VV., *EU Immigration and Asylum Law : Text and Commentary*, vol. II, p. 129 e ss.

<sup>580</sup> STEVE PEERS & NICOLA ROGERS na obra *Immigration and asylum law and policy in Europe*, defendem que a Diretiva não concede um direito inicial de entrada, apenas o prevendo para o 2.º Estado-Membro onde o estudante quiser prosseguir os seus estudos (cf. p. 736). No entanto, na obra do primeiro autor, *EU Justice and Home Affairs*, este admite ser possível interpretar a Diretiva no sentido de a mesma impor uma obrigação aos Estados de admissão de entrada e residência a todos que cumpram os requisitos previstos para o efeito. O autor refere inclusivamente que é essa a única interpretação que permite conferir um efeito útil ao regime em causa. Cf. p. 458. No mesmo sentido, AA.VV., *EU Immigration and Asylum Law : Text and Commentary*, vol. II, p. 204.

<sup>581</sup> Ac. de 10/09/2014, *Ben Alaya*, proc. n.º C-491/13.

Por seu turno, a Diretiva relativa à admissão de nacionais de países terceiros para efeitos de investigação científica tem um espírito semelhante. Nos termos do art. 8.º, «os Estados-Membros devem emitir uma autorização de residência por um período de, pelo menos, um ano» aos requerentes que cumprirem as condições mencionadas no art. 7.º, e «devem renovar essa autorização se as condições» de concessão de autorização se continuarem a verificar. Assim, parece-nos que os estrangeiros que cumpram as condições mencionadas, beneficiam, *prima facie*, de um direito subjetivo a entrar no território, não obstante o mesmo poder ser restringido em determinadas circunstâncias (art. 10.º).

Não obstante, importa relembrar que os direitos de entrada concedidos por estes instrumentos de direito derivado se reconduzem apenas a *direitos subjetivos*, emanados no desenvolvimento de uma determinada política de imigração. Assim, o legislador europeu não está impedido, por opções de mudança dessa política, e desde que respeitados os limites que estudaremos na Parte III, de deixar de consagrar estas opções legislativas.

Tirando estas exceções, julgamos que os demais instrumentos adotados se limitam a harmonizar as condições mínimas de entrada dos nacionais de países terceiros no território dos vários Estados-Membros – *i.e.* a estabelecer aquilo que, no mínimo, os Estados devem exigir -, não garantindo um corresponsivo dever de os Estados admitirem quem cumpra essas condições.

Senão vejamos. A Diretiva 2009/50/CE, relativa às condições de entrada e de residência para efeitos de emprego altamente qualificado evita formulações particularmente vinculantes para os Estados-Membros. Assim, refere que «os nacionais de países terceiros que requeiram a admissão (...) *devem* (...)» cumprir as condições mencionadas. Um direito de entrada estaria previsto se se usassem formulações como por exemplo: «os nacionais de países terceiros que cumprirem as seguintes condições têm o *direito* de ser admitidos», ou «*os Estados devem* admitir os nacionais de países terceiros que cumpram as seguintes condições». No entanto, não qualquer há referência a um direito do estrangeiro a entrar no território ou a um correlativo dever do Estado em admiti-lo. Parece, assim, que este instrumento não estabelece propriamente um *direito de entrada*. O considerando n.º 12 da Diretiva, por exemplo, afirma que «quando um Estado-Membro *decide admitir* um nacional de país terceiro que preenche os critérios pertinentes, o nacional de um país terceiro que apresentou um pedido de cartão azul UE deverá receber uma autorização de residência específica prevista pela presente diretiva» (sublinhado nosso). Desta formulação parece decorrer que, mesmo que o nacional de país terceiro preencha os requisitos para o efeito, ainda assim não adquire *ipso iure* um direito de entrada, cabendo ainda ao Estado *decidir* da aceitação da entrada no seu território. Alguma doutrina refere, nesse sentido, que o preenchimento dos requisitos previstos não cria um direito à emissão do título de residência, estando essa emissão sujeita à decisão das autoridades nacionais<sup>582</sup>. Já ELSPETH GUILD refere que os nacionais de países terceiros que cumpram os requisitos mencionados *devem ter* um cartão-azul<sup>583</sup>.

A Diretiva dispõe ainda que a mesma «não deverá prejudicar o direito de os Estados-Membros determinarem os volumes de admissão de nacionais de países terceiros que entrem

---

<sup>582</sup> PIETER BOELES, MAARTEN DEN HEIJER, GERRIE LODDER & KEES WOUTERS, *European Migration Law...*, p. 163. Referindo que a Diretiva não é clara nesse ponto, STEVE PEERS, *EU Justice and Home Affairs...*, p. 441.

<sup>583</sup> ELSPETH GUILD, “Labour Migration ...”, p. 381. Em sentido semelhante, o comentário organizado por STEVE PEERS, ELSPETH GUILD, DIEGO ACOSTA ARCARAZO & VIOLETA MORENO-LAX, onde os autores referem que essa interpretação é a que melhor se coaduna com o objetivo da Diretiva. Cf. AA.VV., *EU Immigration and Asylum Law : Text and Commentary*, vol. II, p. 53.

no respectivo território para efeitos de emprego altamente qualificado»<sup>584</sup>, mantendo os Estados, aliás, «a possibilidade de não conceder autorizações de residência em geral ou para fins de emprego para certas profissões, sectores económicos ou regiões»<sup>585</sup>. Por fim, a Diretiva prevê que os Estados-Membros podem verificar se a vaga em questão pode ser antes preenchida pela mão de obra nacional ou comunitária, por nacionais de países terceiros legalmente residentes nesse Estado-Membro e que já façam parte do seu mercado de trabalho por força de direito comunitário ou nacional, ou ainda por residentes de longa duração que desejem deslocar-se para esse Estado-Membro para efeitos de emprego altamente qualificado<sup>586</sup>.

As poucas normas de cuja redação resulta expressamente uma vinculação para os Estados-Membros dizem respeito à *recusa* do título de residência. Assim, veja-se o art. 8.º, que se refere perentoriamente aos motivos de recusa usando a seguinte expressão: «os Estados-Membros indeferem um pedido de Cartão Azul UE sempre que (...)», ou o art. 9.º, nos termos do qual, «Os Estados-Membros devem retirar ou recusar a renovação de um Cartão Azul UE emitido por força da presente diretiva nos seguintes casos (...)».

Algumas das limitações mencionadas constam também da Diretiva 2014/66/UE relativa à entrada no quadro de transferências dentro de empresas<sup>587</sup>. Embora pareça decorrer uma obrigação de os Estados-Membros admitirem os nacionais que cumpram as condições mencionadas no art. 5.º<sup>588</sup>, depois ficamos na dúvida sobre se tal vinculação de facto existe. E assim é porque o art. 6.º determina que a Diretiva não deverá afetar o direito dos Estados-Membros determinarem os volumes de admissão de entrada. Assim, um Estado poderá sempre recusar a entrada, ainda que o nacional de país terceiro cumpra todos os requisitos para tal, com fundamento em ter esgotado o número de entradas anuais.

A Diretiva 2011/98/UE relativa ao procedimento e autorização única para efeitos de residência e trabalho<sup>589</sup>, também não garante um direito de entrada aos nacionais de países terceiros, antes se limitando a prever um conjunto de normas que regulam o procedimento de análise do pedido de autorização única, bem como o conjunto comum de direitos baseado na igualdade de tratamento de que os nacionais de países terceiros devem beneficiar, *caso sejam* autorizados a residir e trabalhar legalmente nos Estados-Membros (art. 1.º)<sup>590</sup>. O art. 11.º da Diretiva é bem claro neste ponto, ao referir que o titular da autorização única tem o direito de «entrar e residir no território do Estado-Membro que emitiu a autorização única,

---

<sup>584</sup> V., em execução deste princípio, o art. 6.º da Diretiva.

<sup>585</sup> Considerando 8.

<sup>586</sup> Art. 6.º e 8.º n.º2 da Diretiva.

<sup>587</sup> Diretiva 2014/66/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, relativa às condições de entrada e residência de nacionais de países terceiros no quadro de transferências dentro de empresas, que regula a possibilidade de dois tipos de mobilidade: a de curto e a de longo prazo.

<sup>588</sup> De facto, essa norma, ao estipular taxativamente as condições que os Estados-Membros podem exigir para efeitos de entrada, parece consagrar uma obrigação de emissão de autorização de residência aos estrangeiros que cumpram as mesmas. Igual conclusão decorreria do art. 7.º, n.º3, que estipula as situações em que um Estado-Membro *pode* recusar a emissão dessa autorização, o que implicaria, *a contrario*, que nas demais situações, os Estados não pudessem recusá-la.

<sup>589</sup> Diretiva 2011/98/UE, de 13/12/2011, relativa a um procedimento de pedido único de concessão de uma autorização única para os nacionais de países terceiros residirem e trabalharem no território de um Estado-Membro e a um conjunto comum de direitos para os trabalhadores de países terceiros que residem legalmente num Estado-Membro.

<sup>590</sup> Sobre o regime da Diretiva v. *inter alia*, AA.VV., *EU Immigration and Asylum Law : Text and Commentary*, vol. II, p. 223 e ss., KEES GROENENDIJK, “Recent Developments in EU Law ...”, p. 326 e ss.

*desde que o titular preencha todos os requisitos de admissão de acordo com a legislação nacional»* (sublinhado nosso). O art. 1.º, n.º 2 refere que a Diretiva «não prejudica os poderes dos Estados-Membros relativos à admissão de nacionais de países terceiros no seu mercado de trabalho». Também aqui se faz menção expressa ao facto de o presente instrumento não prejudicar a competência dos Estados-Membros para regulamentar a admissão, incluindo o volume de admissões de nacionais de países terceiros para efeitos de trabalho. Assim, resta-nos concluir que este ato também não cria direitos de entrada para os nacionais de países terceiros<sup>591</sup>.

Por seu turno, a Diretiva relativa ao estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duração<sup>592</sup> também não visa estabelecer um direito de entrada de nacionais de países terceiros nos territórios dos Estados-Membros, mas sim as condições para atribuição do referido *estatuto* de residente de longa duração, bem como regular os direitos conexos ao mesmo. Assim, a Diretiva não regula diretamente a concessão de uma autorização de residência para estrangeiros que pretendam ingressar no Estado-Membro pela primeira vez<sup>593</sup>.

Referindo-se às Diretivas emanadas até 2003, dizia RYSZARD CHOLEWINSKI que as normas de direito da UE não garantem um direito de entrada aos nacionais de países terceiros, podendo os Estados-Membros recusar a entrada desses nacionais mesmo que estes cumpram os poucos e nebulosos critérios de entrada especificados nas regras em vigor<sup>594</sup>. VINCENT COUSSIRAT-COUSTERE, por seu turno, refere que não se reconhece um direito de entrada porque, mesmo que os nacionais de países terceiros cumpram as condições que os instrumentos enumeram, tais instrumentos preveem diversas cláusulas que funcionam como verdadeiras válvulas de escape e reservas de soberania dos Estados<sup>595</sup>. Tais cláusulas permitem que se negue a possibilidade de entrada no território para fins de salvaguarda da ordem pública, segurança pública ou saúde pública, ou ainda do mercado de trabalho<sup>596</sup>. Não obstante, no nosso entender, não são estas cláusulas que afastam, em si, a conclusão de que alguns dos referidos instrumentos consagram um direito de admissão aos estrangeiros que cumpram os requisitos por eles enumerados. E assim é porque a previsão de exceções ou de restrições não preclui, em si, o reconhecimento de um direito. Os autores referem-se a duas realidades que intervêm em dois momentos distintos. Primeiro, há que saber se os referidos instrumentos reconhecem um direito de entrada. Depois, se, tal como os demais direitos, este pode ser objeto de restrições ou limitações, em nome de valores coletivos. A diferença entre estes dois momentos é particularmente notória na Diretiva 2003/86/CE que, após estabelecer claramente um *direito* ao reagrupamento familiar, estabelece, no art. 6.º, que os Estados-Membros podem indeferir um pedido de entrada e residência de um dos familiares por razões de ordem pública, de segurança pública ou de saúde pública. Assim, esse

---

<sup>591</sup> Assim, também, PIETER BOELES, MAARTEN DEN HEIJER, GERIE LODDER & KEES WOUTERS, *European Migration Law...*, p. 173.

<sup>592</sup> Diretiva 2003/109/CE, de 25/11/2003, relativa ao estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duração.

<sup>593</sup> De acordo com o art. 1.º, a Diretiva estabelece as condições de concessão e perda de estatuto de residente de longa duração conferido por um Estado-Membro a nacionais de países terceiros que *já sejam* legalmente residentes no seu território, bem como os direitos correspondentes; e, por outro lado, as condições de residência de nacionais de países terceiros que beneficiem do estatuto de residente de longa duração noutros Estados-Membros que não aquele que lhes concedeu o referido estatuto.

<sup>594</sup> RYSZARD CHOLEWINSKI, “No Right of Entry...”.

<sup>595</sup> Cf. “Les Politiques Migratoires...”, p. 219.

<sup>596</sup> Assim, o art. 6.º, n.º1, d) da Diretiva 2004/114/CE, o art. 7.º, n.º1, d) da Diretiva 2005/71/CE, o art. 5.º, n.º1, f) da Diretiva 2009/50/CE.



instrumento reconhece e confere um direito, enumerando, depois, os casos em que o mesmo pode ser restringido<sup>597</sup>. A possibilidade de restrições não é, por isso, um critério adequado para se aferir do reconhecimento de um direito de entrada. O que se deve ter em conta é se os mencionados instrumentos pretenderam consagrar, *prima facie*, um verdadeiro direito subjetivo, ou, pelo contrário, apenas visaram harmonizar as condições mínimas que os Estados devem exigir aos estrangeiros para que os mesmos possam ser admitidos a entrar nos territórios.

Ora, no que toca aos últimos instrumentos analisados, consideramos que eles não preveem um direito subjetivo à imigração, não por preverem cláusulas de salvaguarda da ordem pública ou outras, mas porque delegam nos Estados uma ampla margem de apreciação no que toca a admitir os nacionais de países terceiros, mesmo quando estes cumpram todos os requisitos enumerados nas respetivas normas.

Resta, contudo, esperar pelo desenvolvimento da jurisprudência do TJ nesta matéria para se saber qual a margem de discricionariedade que os Estados mantêm, no que toca a poderem recusar a entrada de estrangeiros no território, mesmo quando cumpram as condições previstas nos instrumentos respetivos.

### 2.1.2. O Direito de livre circulação no interior da União Europeia

O direito da União Europeia consagra, para os cidadãos de Estados-Membros, um direito fundamental de livre circulação, que implica o direito de entrar no território dos demais Estados-Membros<sup>598</sup>. Como vimos, algumas categorias de nacionais de países terceiros podem ser tidos como “privilegiados” para estes efeitos<sup>599</sup>. Quanto aos demais estrangeiros, o direito da UE não reconhece, à partida, um direito de livre circulação – e por isso, de entrada - nos territórios de outros Estados-Membros<sup>600</sup>.

Anteriormente à assinatura do Tratado de Lisboa, o art. 63.º, n.º 4 do TCE referia a necessidade de adoção de medidas tendentes a definir *os direitos e condições* para os nacionais de países terceiros que residam legalmente num Estado-Membro poderem residir noutros Estados-Membros. KAY HAILBRONNER defendia que o TCE não pretendia, através desta disposição, consagrar uma liberdade de circulação semelhante à que beneficiava os cidadãos da UE<sup>601</sup>. E, de facto, o TJ considerou que os nacionais de países terceiros não eram destinatários do direito de circular livremente nos territórios dos Estados-Membros<sup>602</sup>.

---

<sup>597</sup> Apesar de extravasar o âmbito da presente dissertação, sempre diremos que esse é também o caso da Diretiva 2004/38/CE, que estabelece um direito de livre circulação para os nacionais de Estados-Membros da UE, que também prevê restrições ao mesmo por motivos de ordem pública, saúde pública e segurança pública.

<sup>598</sup> Art. 20.º, n.º2, al. a), art. 21.º, e art. 45.º e ss. do TFUE e art. 45.º da CDFUE.

<sup>599</sup> Cf. considerações introdutórias, ponto 2.2.

<sup>600</sup> Assim, CRISTINA GORTAZAR, “Abolishing Border Controls...”, p. 121, PIETER BOELES, “Introduction: Freedom, Security and Justice for All...”, p. 9, HELENA PÉREZ MARTÍN, “Libertad de Circulación y de Residencia...”, p. 621, EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE NON-DISCRIMINATION FIELD, *Links between Migration...*, p. 26, ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A Igualdade e a Não Discriminação...*, p. 539e KEES GROENENDIJK, “Recent Developments in EU Law ...”, p. 327.

<sup>601</sup> KAY HAILBRONNER, *Immigration and Asylum...*, p. 89.

<sup>602</sup> Ac. de 21/09/1999, *Florus Ariël Wijzenbeek*, C-378/97. Esta decisão é, em alguns pontos, criticada por NUNO PIÇARRA. Cf. “A Crise nas Fronteiras ...”, p. 98.

O atual TFUE prevê, no art. 79.º, n.º2, al. b), que a União deverá adotar medidas destinadas a definir os direitos dos nacionais de países terceiros que residam legalmente num Estado-Membro, «incluindo as condições que regem a liberdade de circulação e de permanência nos outros Estados-Membros». Ora, desta formulação resulta que o TFUE também não consagra um *direito* de livre circulação para os nacionais de países terceiros, limitando-se a remeter para o direito derivado a definição das condições que permitirão àqueles circular no território da União. Uma norma semelhante é encontrada no art. 45.º da CDFUE, que consagra o direito de liberdade de circulação e permanência. O âmbito subjetivo do direito é circunscrito, à partida, aos nacionais de Estados-Membros da UE e respetivos familiares. A norma limita-se a prever, no n.º2, a possibilidade do *alargamento* de tais direitos a nacionais de países terceiros, o que deverá ser feito por ato de direito derivado. Também este catálogo de direitos não consagra expressamente, pois, um *direito* de livre circulação dos nacionais de países terceiros, remetendo para o direito derivado a opção sobre a previsão dessa garantia<sup>603</sup>. Assim, a previsão de um tal direito «depende, em primeiro lugar, da adopção de medidas de aplicação por parte dos órgãos da União, os quais não estão obrigados a adoptá-las(...)»<sup>604</sup>. O legislador da União tem, assim, uma decisão livre quanto ao “an”, podendo optar por não estender esse direito aos nacionais de países terceiros. E depois tem ainda liberdade, ainda que condicionada ao respeito pelas demais disposições dos Tratados e da CDFUE respeitantes aos nacionais de países terceiros, de decidir as condições para o exercício desse direito.

A Diretiva 2003/109/CE relativa ao estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duração, foi o primeiro instrumento adotado destinado a regular o exercício de um direito de livre circulação por parte de nacionais de países terceiros<sup>605</sup>. Esse instrumento foi emanado ainda à luz do art. 63.º, n.º4 do TCE, e destinou-se a criar um estatuto mais favorável para os nacionais de países terceiros que residam de forma estável no território de um Estado-Membro: o *estatuto de residente de longa duração*. Para beneficiarem desse estatuto, os estrangeiros devem cumprir vários requisitos, que se analisarão *infra*, entre os quais se conta o dever de residência legal no território de um Estado-Membro durante, pelo menos cinco anos<sup>606</sup>.

O referido estatuto é permanente e confere vários direitos aos seus titulares, entre os quais se conta o direito a circular e a exercer atividades económicas ou outras noutros Estados-Membros (art. 14.º). No entanto, trata-se de um direito que pode estar sujeito a inúmeras restrições. E assim é porque não existe um reconhecimento mútuo de títulos de residência. Assim, o titular desse estatuto continua a necessitar de requerer um novo título de residência no Estado para onde pretende circular<sup>607</sup>. Esse segundo Estado analisará o pedido, podendo exigir diferentes condições para a obtenção do estatuto de residente de longa duração, como outros recursos económicos, seguro de saúde ou o cumprimento de outras condições de integração<sup>608</sup>.

---

<sup>603</sup> STEVE PEERS, “Immigration, Asylum and the European Union Charter...” (2012), p. 466, JEAN-PAUL JACQUE, “Article II – 105...”, p. 577.

<sup>604</sup> ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A Igualdade e a Não Discriminação...*, p. 539.

<sup>605</sup> A Diretiva foi alterada pela Diretiva 2011/51/UE do Parlamento e do Conselho, de 11 de maio de 2011, sobretudo no sentido de alargar o seu âmbito de aplicação aos beneficiários de proteção internacional.

<sup>606</sup> V. Parte III, Capítulo II, ponto 3.3.1.

<sup>607</sup> Sobre este ponto, v. ELSPEETH GUILD, “Labour Migration ...”, p. 377.

<sup>608</sup> Art. 15.º da Diretiva 2003/109/CE. Pode ser ainda exigida prova de que o requerente possui alojamento adequado, ou, em caso de exercício de atividade económica, provas de que dispõe de um contrato de trabalho,

Ainda que o residente de longa duração cumpra todas estas condições formais, o segundo Estado-Membro pode negar-lhe residência no seu território. De facto, se o residente de longa duração pretender residir no segundo Estado-Membro para efeitos de desenvolver uma atividade económica, por conta de outrem ou por conta própria, esse Estado pode estabelecer algumas limitações no que toca ao acesso ao mercado de trabalho, bem como dar preferência a cidadãos da União, quando previsto pela legislação comunitária, e a nacionais de países terceiros que tenham residência legal e aí recebam subsídio de desemprego<sup>609</sup>. A Diretiva refere que o Estado-Membro o poderá fazer «por razões de política do mercado de trabalho»<sup>610</sup>. Por fim, se a respetiva legislação já o previa à data da adoção da Diretiva, o Estado-Membro de acolhimento pode limitar o número total de nacionais de países terceiros suscetíveis de beneficiar do direito a residência<sup>611</sup>. Isso implica que, uma vez atingido o número máximo de entradas, o Estado-Membro pode não admitir mais entradas de nacionais de países terceiros no território, mesmo que detentores do estatuto de residente de longa duração<sup>612</sup>.

Assim, alguns autores referem que, mais do que conferir um direito subjetivo à livre circulação dos residentes de longa duração nos territórios dos Estados-Membros, a Diretiva assemelha-se mais a uma legislação interna de *controlo* da imigração, preservando o poder de os Estados de acolhimento poderem, a final, negar a entrada no seu território aos titulares do estatuto de residentes de longa duração<sup>613</sup>.

Ora, de facto, do regime resultante desta Diretiva, não se afigura fácil determinar se a mesma confere um verdadeiro direito de circulação e residência para segundos Estados-Membros. De facto, a mesma consagra – ainda que de forma mais limitada – a possibilidade de limitação quantitativa das entradas no território. No entanto, a redação do n.º1 do art. 14.º aponta para a intenção de consagração de um verdadeiro *direito*, já que estipula que «um residente de longa duração adquire *o direito* a permanecer no território dos Estados-Membros que não aquele que lhe concedeu o estatuto de residente de longa duração» (sublinhado nosso). Do elemento literal decorre, assim, que a Diretiva consagra um verdadeiro direito subjetivo à circulação para outros Estados-Membros<sup>614</sup>.

---

de uma declaração de compromisso de contratação do empregador ou de uma proposta de contrato de trabalho. Se forem trabalhadores por conta própria, podem ter de apresentar provas de que dispõem dos recursos necessários para exercerem a referida atividade. Por fim, em caso de estudos ou formação profissional, podem ser exigidas provas da inscrição num estabelecimento reconhecido.

<sup>609</sup> Art. 14.º, n.º3. Assim, PIETER BOELES, MAARTEN DEN HEIJER, GERIE LODDER & KEES WOUTERS referem que o titular do estatuto de residente de longa duração que pretende circular se encontra no mais baixo nível da escala de prioridades do Estado de acolhimento. Cf. *European Migration Law...*, p. 192. Sobre este ponto, v. ainda SARA IGLESIAS SÁNCHEZ, “Free Movement of Third Country Nationals...”, p. 791 e ss.

<sup>610</sup> Art. 14.º, n.º3, § 2.

<sup>611</sup> Art. 14.º, n.º 4.

<sup>612</sup> O Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a aplicação da Diretiva 2003/109/CE relativa ao estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duração (COM (2011) 585 final, de 28/09/2011) menciona que a transposição da Diretiva pelos Estados-Membros não tem sido favorável ao desenvolvimento deste direito de circulação. Os Estados de acolhimento aplicam frequentemente as limitações baseadas em números máximos de admissão, e exigem elevados meios de subsistência.

<sup>613</sup> VINCENT COUSSIRAT-FOUSTÈRE, “Les Politiques Migratoires...”, p. 219 e, entre nós, PATRÍCIA JERÓNIMO, “Imigração e Cidadania...”, p. 333, que considera que os residentes de longa duração apenas têm o direito de requerer um título de residência junto das autoridades competentes do segundo Estado-Membro.

<sup>614</sup> Note-se que o reconhecimento do direito depende de pedido expresso do estrangeiro. V., nesse sentido, o Ac. de 08/11/2012, *Iida*, proc. n.º C-40/11.

A circulação de estrangeiros de um Estado-Membro para outro é ainda prevista na Diretiva 2009/50/CE sobre condições de entrada e residência para efeitos de trabalho altamente qualificado - a correntemente chamada Diretiva “Cartão Azul”<sup>615</sup>. Também esta Diretiva prevê a atribuição de um título de residência específico – o chamado “cartão azul” -, a quem se deslocar para um Estado-Membro da União para efeitos de realização de trabalho qualificado<sup>616</sup>. Um dos direitos conferidos por esse estatuto, após 18 meses de emprego “qualificado” num Estado-Membro, é o de circulação para outro Estado-Membro para efeitos de exercício do mesmo tipo de trabalho<sup>617</sup>. No entanto, também aqui, o segundo Estado-Membro pode exigir que o titular do cartão azul comprove dispor de alojamento adequado, recursos estáveis e regulares, suficientes para a sua própria subsistência e para a dos seus familiares, sem recorrer ao sistema de assistência social. Por outro lado, não pode o trabalhador começar a trabalhar antes de ser para isso autorizado (art. 18.º, n.º2). Estas limitações levam alguns autores a referir que o objetivo de realização de mercado comum para o trabalho altamente qualificado não foi ainda alcançado<sup>618</sup>.

Apesar da intenção destes dois instrumentos em consagrarem um direito de circulação de estrangeiros entre Estados-Membros, a doutrina tem considerado que eles acabam por não reconhecer um direito de livre circulação e residência dentro da União equiparado ao que vigora para os nacionais de Estados-Membros<sup>619</sup>.

Já menos dúvidas oferece o regime da Diretiva 2004/114/CE, relativa às condições de admissão de nacionais de países terceiros para efeitos de estudos, de intercâmbio de estudantes, de formação não remunerada ou de voluntariado. O art. 8.º desse ato prevê que os nacionais de países terceiros que já tenham sido admitidos como estudantes do ensino superior e que se candidatem a frequentar noutra Estado-Membro parte de um programa de estudos já iniciado *deverão ser admitidos* pelo segundo Estado-Membro num prazo que não impeça o prosseguimento dos estudos em causa. Assim, na opinião de alguns autores, consagra-se um verdadeiro direito subjetivo de circulação para um segundo Estado<sup>620</sup>. À mesma conclusão devemos chegar, de resto, no que toca ao art. 13.º da Diretiva relativa às condições de entrada para efeitos de investigação científica, que refere que os nacionais de países terceiros «devem ser autorizados a efectuar parte do seu projecto de investigação noutra Estado-Membro».

Também a Diretiva 2014/66/UE relativa à entrada no quadro de transferências dentro de empresas, regula a possibilidade de dois tipos de mobilidade: a de curto e a de longo prazo. Estas normas encontram-se redigidas de forma a ser possível interpretá-las como conferindo um verdadeiro direito subjetivo de circulação. De facto, o n.º 3 do art. 22.º, em particular, ao mencionar os casos em que o Estado-Membro *pode recusar* um pedido de mobilidade de longo prazo, demonstra que, fora desses casos, haverá *um dever* de autorizar tal mobilidade, o que implica o reconhecimento de um direito subjetivo correspondente para o nacional de país terceiro.

---

<sup>615</sup> Diretiva 2009/50/CE do Conselho, de 25 de maio de 2009, relativa às condições de entrada e de residência de nacionais de países terceiros para efeitos de emprego altamente qualificado. Sobre o regime da Diretiva v., *inter alia*, STEVE PEERS, *EU Justice and Home Affairs...*, 437 e ss., AA.VV., *EU Immigration and Asylum Law : Text and Commentary*, vol. II, p. 47 e ss.

<sup>616</sup> As condições de concessão do estatuto encontram-se previstas no art. 5.º.

<sup>617</sup> Art. 18.º.

<sup>618</sup> ELSPETH GUILD, “Labour Migration ...”, p. 378.

<sup>619</sup> ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A Igualdade e a Não Discriminação...*, p. 539. A autora critica a diferença de tratamento daí resultante.

<sup>620</sup> STEVE PEERS & NICOLA ROGERS, *EU Immigration...*, p. 735.

No que toca aos demais nacionais de países terceiros residentes num Estado-Membro, o direito da União ainda não regula as condições referentes à possibilidade de se deslocarem para outro Estado-Membro. Não obstante, eles acabam por beneficiar da abolição dos controlos das fronteiras internas para viajarem no espaço europeu até três meses. De facto, nos termos do art. 77.º, n.º1, al. a) do TFUE, a UE tem competência para adotar «medidas destinadas a assegurar (...) a ausência de controlo de pessoas, quer se trate de cidadãos da União, quer de nacionais de países terceiros, na passagem de fronteiras internas». Por seu turno, o art. 20.º do Código de Fronteiras Schengen refere que «as fronteiras internas podem ser transpostas em qualquer local sem que se proceda ao controlo das pessoas, independentemente da sua nacionalidade». Por fim, nos termos do art. 21.º da CAAS, os nacionais de países terceiros detentores de vistos uniformes e que tenham entrado legalmente no território de um Estado Schengen podem circular livremente em todo o espaço Schengen enquanto os seus vistos permanecerem válidos. Assim, na prática, os nacionais de países terceiros acabam por beneficiar de livre circulação nos territórios dos Estados-Membros, até três meses.

A doutrina tem evitado usar o termo “circulação” para se referir a estas situações, preferindo usar, ao invés, expressões como “direito a viajar”<sup>621</sup>. Alguns referem que não se pode retirar desta possibilidade a titularidade de um verdadeiro *direito de livre circulação*. Neste contexto, HELENE RANNOU refere que o estrangeiro é mais «*allocataire de droits que sujet de droits dans le domaine de la libre circulation*»<sup>622</sup>. O TJ, por seu turno, afirmou também que o então art. 62.º do TCE constituía apenas a base jurídica da ação do legislador da UE para adotar medidas destinadas a assegurar a ausência de controlos de pessoas na passagem das fronteiras internas, «não tendo, em si mesmo, por objecto ou por efeito atribuir direitos aos nacionais de países terceiros, nem impor obrigações aos Estados-Membros»<sup>623</sup>.

Ainda assim, e apesar das conclusões aqui alcançadas, não é de afastar a possibilidade de evoluções neste domínio, no sentido de uma equiparação cada vez maior entre o nacional de país terceiro legalmente residente na União Europeia e o cidadão da União Europeia no que toca à titularidade de um verdadeiro direito subjetivo de livre circulação. A já mencionada consagração, no catálogo dos direitos fundamentais da União, da *possibilidade* de ser concedida liberdade de circulação e de permanência aos nacionais de países terceiros que residam legalmente no território de um Estado-Membro é um sinal no sentido de que esse desenvolvimento é uma evolução desejável.

## 2.2. PERMANÊNCIA DE NACIONAIS DE PAÍSES TERCEIROS NOS TERRITÓRIOS DOS ESTADOS-MEMBROS

Por fim, não deriva também, nem dos tratados, nem da CDFUE, um *direito fundamental geral à permanência* de estrangeiros no território dos Estados-Membros, embora a Carta imponha limites à aplicação de medidas de expulsão, que serão estudados nas Partes III e IV.

---

<sup>621</sup> JOANNA APAP, “Transfer of Competence: Between Sovereignty...”, p. 55. STEVE PEERS refere ser «óbvia» a existência de tal liberdade. Cf. “Immigration, Asylum and the European Union Charter...”, p. 466. DENYS SIMON refere que os nacionais de países terceiros acabam por ser beneficiários dessa liberdade, mas de forma apenas “mecânica”, parecendo indicar, pois, que no seu entender se trata de simples situação fáctica, à qual não corresponderia qualquer *animus* jurídico. Cf. “Les Droits du Citoyen...”, p. 26.

<sup>622</sup> HÉLÈNE RANNOU, “La citoyenneté européenne...”, p. 52.

<sup>623</sup> Ac. de 22/10/2009, *Zurita e Choque*, proc. C-261/08 e C-348/08. Sobre este ponto, v. NUNO PIÇARRA, “A Crise nas Fronteiras ...”, p. 99.

Poder-se-á argumentar, contudo, que os vários atos de direito derivado garantem um direito subjetivo a essa permanência. Uma vez tendo os Estados-Membros autorizado a entrada dos nacionais no seu território, os mesmos teriam um direito subjetivo de residência, que apenas poderia ser limitado nos casos expressamente previstos nesses instrumentos.

De facto, alguns instrumentos parecem sustentar a ideia de que os Estados apenas podem pôr fim à estadia do nacional de país terceiro nos casos aí expressamente mencionados. Alguns são perentórios quando referem a taxatividade dos motivos de expulsão. Assim, no que toca à Diretiva relativa ao estatuto de residentes de longa duração, os Estados-Membros só podem tomar uma decisão de expulsão dos titulares do referido estatuto em casos de «ameaça real e suficientemente grave para a ordem pública ou a segurança pública». Por outro lado, a decisão de expulsão não deve basear-se em razões económicas.

A Diretiva sobre o reagrupamento familiar, por seu turno, especifica também quais os casos em que os Estados-Membros *podem* retirar ou não renovar a autorização de residência<sup>624</sup>, pelo que se depreende que apenas nesses casos os Estados estão autorizados a exercer o *ius excludendi*. O mesmo se diga, de resto, do art. 9.º da Diretiva 2009/50/CE “Cartão Azul”. Após prescrever os casos em que os Estados *devem* retirar ou recusar a renovação do cartão azul, prescreve os casos em que os Estados *podem* retirar ou recusar a renovação desse título. Ora, a menção expressa aos casos em que é *permitida* a retirada ou não renovação do título parece implicar que, fora desses casos, não poderá ser exercido o *ius excludendi*. Na mesma circunstância estão as normas dos demais atos de direito derivado, que preveem os casos em que os Estados-Membros podem retirar, não renovar ou expulsar os nacionais de países terceiros legalmente residentes ao abrigo dos respetivos regimes jurídicos<sup>625</sup>. Se os Estados-Membros tivessem total discricionariedade em retirar os títulos em causa em qualquer outra circunstância, tais disposições seriam supérfluas.

Assim, tudo leva a crer que esses instrumentos garantem um direito subjetivo de permanência aos detentores dos títulos respetivos, que apenas pode ser limitado nos casos previstos. Não obstante, também aqui importa relembrar que os mesmos apenas consagram um *direito subjetivo* à permanência no território dos Estados-Membros, no desenvolvimento de uma política de imigração, não derivando o mesmo de qualquer *direito fundamental* à permanência, o qual não é protegido pelo direito da UE, à exceção dos casos concretos que serão analisados na Parte III. Assim, ressalvados os limites que mais tarde se estudarão, também estes atos limitam-se a atribuir direitos subjetivos à permanência àqueles que reunirem as condições prescritas para tal, sendo o legislador da UE livre para alterar esse direito ou retirar esse direito (respeitados os limites a expor mais à frente).

### 3. CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA

Também da CRP não deriva, como se verá de seguida, um direito fundamental geral à entrada e permanência de estrangeiros no território nacional.

---

<sup>624</sup> Art. 16.º.

<sup>625</sup> No mesmo sentido, o art. 16.º da Diretiva sobre entrada para efeitos de estudos, o art. 10.º da Diretiva sobre entrada para efeitos de investigação científica, e o art. 8.º, n.º 5 da Diretiva relativa à entrada no quadro de transferências dentro de empresas, que prescrevem que os Estados-Membros *podem* retirar ou recusar renovar o título de residência nos casos aí previstos.

### 3.1. DIREITO DE DESLOCAÇÃO E DE EMIGRAÇÃO

O art. 44.º, da CRP, sob a epígrafe «direito de deslocação e de emigração», consagra três direitos. No n.º1, consagra o direito de os cidadãos «se deslocarem e fixarem livremente em qualquer parte do território nacional». Já o n.º2 estabelece que «a todos é garantido o direito de emigrar ou de sair do território nacional», bem como «o direito de regressar».

#### 3.1.1. Direito de deslocação e de fixação no interior no território nacional

O n.º1 do aludido art. 44.º da CRP consagra direitos que se exercem no interior do território estadual. O direito de deslocação e de fixação em qualquer parte do território é garantido a todos os “cidadãos”. Cabe questionar, neste contexto, se o mesmo é reconhecido a estrangeiros.

O TC refere que o direito de deslocação de estrangeiros no território nacional pode ser sujeito a requisitos especiais<sup>626</sup>. Essa afirmação tem inerente, pois, o reconhecimento de que os estrangeiros são titulares *prima facie* do direito de deslocação no interior do território. Aliás, uma interpretação do art. 44.º em conformidade com os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos exige que se reconheça esse direito, pelo menos aos estrangeiros detentores de um estatuto legal. É esse o entendimento que decorre, desde logo, dos *supra* analisados art. 13.º, n.º1 da DUDH, art. 12.º, n.º1 do PIDCP e art. 2.º, n.º1 do Protocolo n.º 4 anexo à CEDH.

Nesse sentido, também JORGE PEREIRA DA SIVA defende que os direitos plasmados no n.º1 se referem quer aos cidadãos nacionais quer aos estrangeiros. Como afirma o autor, «não há razões sólidas para excluir o direito de deslocação e o direito de fixação do princípio da equiparação entre cidadãos e estrangeiros». O autor admite, porém, que daí não se pode retirar que «o conteúdo dos direitos em causa seja o mesmo quanto a uns e outros». Assim, desde logo, e em conformidade com os instrumentos de direito internacional atrás analisados, admite-se a possibilidade de restrições com fundamento na entrada e permanência ilegais no território ou, por outras palavras, no facto de não pré-existir um direito de entrada e permanência no território<sup>627</sup>.

#### 3.1.2. Direito de sair do território nacional

O n.º 2 do art. 44.º consagra, por seu turno, dois direitos: o direito a sair do território e o direito de regressar.

Também o direito de saída do território nacional deve ser lido em conformidade com os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. Assim, ele deve ser interpretado como um direito da titularidade de todos os seres humanos<sup>628</sup>. Por outro lado,

---

<sup>626</sup> Ac. n.º 442/93, de 14/06/1993.

<sup>627</sup> JORGE PEREIRA DA SILVA, *Direitos de Cidadania...*, p. 47 e, ainda, “Artigo 15.º...”, p. 274 e ss.

<sup>628</sup> No mesmo sentido, JORGE PEREIRA DA SILVA, *Direitos de Cidadania...*, p. 48.

ele é, também aqui, configurado como um corolário do direito à liberdade de movimentos<sup>629</sup>. Este direito já constava da Carta Constitucional de 1826, cujo art. 145.º, § 5.º rezava: «qualquer pessoa pode conservar-se, ou sair do Reino, como lhe convenha, levando consigo os seus bens; guardados os Regulamentos policiais, e salvo o prejuízo de terceiro». Este direito foi depois retomado, com a mesma redação, pelo art. 12.º da Constituição de 1838.

A jurisprudência constitucional já por diversas vezes se pronunciou sobre esse direito fundamental. A Comissão Constitucional afirmou, no Parecer n.º 7/80<sup>630</sup>, que o direito de emigrar é «um direito fundamental do homem, como tal constante da generalidade dos instrumentos de direito internacional protectores dos direitos humanos»<sup>631</sup>. Referiu ainda que o direito de livre deslocação para o estrangeiro era «património comum do Estado de direito democrático», encontrando o seu fundamento no facto de, numa sociedade democrática, cada um dever ser «inteiramente livre de procurar onde quiser a mais livre e completa realização da sua personalidade». Nesse parecer, a Comissão questionou ainda se o facto de a Constituição ter omitido qualquer referência expressa a restrições ou limitações ao direito de saída livre, contrariamente ao que faziam os instrumentos internacionais de protecção dos direitos humanos, significava que se consagrava o direito de forma absoluta. A Comissão afastou essa possibilidade, e decidiu que o referido direito deveria considerar-se implicitamente limitado pela necessidade de cumprimento, pelos cidadãos, de quaisquer deveres constitucionalmente impostos<sup>632</sup>.

O TC pronunciou-se sobre o direito a emigrar no Acórdão n.º 204/94<sup>633</sup>, no contexto de apreciação da inconstitucionalidade de uma norma que punia como crime quem tivesse aliciado ou auxiliado nacionais a saírem do país para se fixarem em país estrangeiro sem documento que a tal habilitasse ou sem a observância das formalidades ou prescrições legais aplicáveis. O regime em causa, plasmado no Decreto-Lei n.º 44.427, previa a possibilidade de suspensão, total ou parcial, por via administrativa, do direito de emigração, a exigência de um tipo específico de passaporte, cuja obtenção dependia de autorização discricionária da administração, subordinada à verificação de requisitos exclusivamente reportáveis ao país de destino, a sujeição do exercício do direito de emigração a autorização da Junta de Emigração, e a sujeição a aprovação, pelo Ministério das Corporações e Previdência Social, das bases do contrato de trabalho necessário para a obtenção do passaporte de emigrante. O TC manteve a posição da Comissão Constitucional, sublinhando que a exigência de um passaporte como título habilitador da saída do território nacional, não podia, por si só, ser tida como uma restrição do direito de emigração. No entanto, a resposta já seria diferente se o acesso a tal documento se processasse em termos que representassem um verdadeiro obstáculo ao

---

<sup>629</sup> Para JORGE MIRANDA, o direito a sair do território é ainda um corolário da liberdade de trabalho e de profissão, que «implica a liberdade de deslocação e residência no território nacional (art. 44.º, n.º 1) e a liberdade de emigração (art. 44.º, n.º 2), como liberdade de escolha do lugar de trabalho». Cf. JORGE MIRANDA, *Manual...* Tomo IV, p. 405. Essa posição é ainda seguida por JÚLIO ALBERTO CARNEIRO PEREIRA. Cf. «Direito à emigração...», p. 113.

<sup>630</sup> Pareceres da Comissão Constitucional..., p. 5.

<sup>631</sup> Em causa estava a apreciação de inconstitucionalidade dos artigos 3. e 6. do Decreto-Lei n.º 35.983, de 23 de novembro de 1946, que fazia depender de autorização administrativa a ausência para o estrangeiro de oficiais do quadro permanente das Forças Armadas.

<sup>632</sup> Assim, a privação da liberdade, por colocação de uma pessoa em prisão preventiva, ou por cumprimento de uma pena de prisão ou de uma medida de segurança de internamento, a execução do imperativo de defesa da pátria por todos os portugueses e as missões cometidas às Forças Armadas, todas com assento constitucional expreso, constituíam causas constitucionalmente legítimas de limitação do direito de saída do território nacional.

<sup>633</sup> Ac. n.º 204/94, de 02/03/1994.



exercício do direito de saída do território nacional. Ora, tendo em conta os condicionalismos do regime em causa, o TC considerou que o mesmo não era conforme com os requisitos do art. 18.º da Constituição, por violar o conteúdo essencial do direito de emigração.

Assim, também em linha com a jurisprudência internacional, a nossa jurisprudência constitucional considerou que o direito a sair do território nacional podia exigir o cumprimento de obrigações positivas por parte do Estado, nomeadamente, a emissão de passaporte.

Por seu turno, afirmou ainda que o exercício do direito a emigrar não podia acarretar a perda de outros direitos constitucionais. Assim, o Ac. n.º 141/2015 declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma que exigia a cidadãos portugueses um período mínimo de um ano de residência legal em Portugal para poderem aceder ao rendimento social de inserção, por violação do princípio da igualdade, por considerar que discriminava os cidadãos nacionais que tinham exercido a liberdade fundamental de sair do país em relação aos demais cidadãos nacionais<sup>634</sup>.

### 3.1.3. Direito de regressar ao território nacional

O n.º2 do art. 44.º da CRP consagra ainda o direito de regressar, *i.e.*, de reentrar no território. Apesar de a norma constitucional não ser clara no que toca à reserva desse direito aos cidadãos nacionais, tem sido entendido, quer por parte da jurisprudência do TC, quer por parte da doutrina, que os estrangeiros não têm o direito constitucional de entrar no território português<sup>635</sup>. Por outro lado, o texto constitucional não menciona expressamente o direito a entrar pela primeira vez no território nacional. De qualquer forma, contrariamente ao direito de saída, este direito não teria como titulares todos os seres humanos, mas apenas os cidadãos nacionais<sup>636</sup>.

A doutrina constitucionalista tem referido que os fundamentos dos dois direitos não são totalmente coincidentes. Contrariamente ao direito de saída do território, fundamentado na liberdade de movimentos, o direito de entrada encontra o seu fundamento na ligação que se estabelece entre o território estadual e a comunidade política que forma o Estado. Referem, nesse sentido, J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, que o direito previsto no n.º2 é «um direito típico de cidadania, em princípio reservado a cidadãos nacionais»<sup>637</sup>. Por seu turno, sublinha JORGE PEREIRA DA SILVA que a qualidade de cidadão está associada com uma «intensidade muito particular» aos direitos de liberdade de deslocação e circulação. E isto «porque só os cidadãos dispõem de uma relação de ampla liberdade com o território nacional, podendo entrar e sair quando entenderem e pelo tempo que lhes aprouver»<sup>638</sup>.

---

<sup>634</sup> Ac. n.º 141/2015, de 25/02/2015. A norma em causa constava da alínea a), do n.º 1, do art. 6.º da Lei n.º 13/2003, de 21 de maio, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 133/2012, de 27 de junho.

<sup>635</sup> Assim, JOSE LEITÃO, & LUIS NUNES DE ALMEIDA, “Les Droits et Libertés des Étrangers...”, p. 307, ANABELA COSTA LEÃO, “Ac. TC n.º 232/04 (expulsão de estrangeiros...)”, p. 29, J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, p. 631, JORGE PEREIRA DA SILVA, “Artigo 15.º”, in JORGE MIRANDA & RUI MEDEIROS, *Constituição...*, 2.ª Edição, Tomo I, p. 275.

<sup>636</sup> CARLOS PAMPLONA DE OLIVEIRA, *A Jurisprudência...*, p. 6.

<sup>637</sup> J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, p. 634. Os autores excluem desta afirmação os cidadãos de outros Estados-Membros da UE.

<sup>638</sup> JORGE PEREIRA DA SILVA, *Direitos de Cidadania...*, p. 20.

Já dúvida parece ser a posição de VIEIRA DE ANDRADE. O autor refere que as exceções a estabelecer por lei ordinária ao princípio da equiparação deverão ser consideradas leis restritivas. Não obstante, isso valerá, na sua opinião, não só relativamente aos direitos que no texto constitucional sejam reconhecidos a “todos”, mas também àqueles formalmente reconhecidos apenas aos “cidadãos”, entre os quais se inclui, como se viu, o direito de entrada no território nacional<sup>639</sup>. Esta posição levaria à consideração das leis que impõem a necessidade de visto de entrada ou de autorização de residência aos estrangeiros como leis restritivas, por restringirem o direito de entrada dos estrangeiros. Não é essa, porém, a nossa opinião. Julgamos que o direito de entrada no território português não é constitucionalmente reconhecido a estrangeiros, valendo apenas para os cidadãos portugueses. Assim, as leis que sujeitam os estrangeiros a controlos migratórios não podem ser consideradas, em bloco, leis restritivas, por não restringirem, à partida, direitos constitucionalmente protegidos. A sua consideração como leis restritivas só ocorrerá nos casos em que da Constituição resultem direitos fundamentais derivados de imigração, nos casos que estudaremos na Parte III.

A esta perspetiva acresce a leitura deste direito à luz dos instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos que, como vimos, reservam aos nacionais o direito de entrada no território estadual, não havendo nada na Constituição que demonstre que se pretendeu fixar um nível de proteção mais elevado. Muito pelo contrário, deriva de outras normas constitucionais que não se reconhece esse direito a estrangeiros. Veja-se, assim, a norma constante da al. c) do n.º 3, do art. 27.º, que prevê a possibilidade de aplicação de medida de prisão, detenção ou outra medida coativa sujeita a controlo judicial, de pessoa que tenha penetrado ou permaneça irregularmente no território nacional.

O TC já teve oportunidade de se pronunciar sobre esta questão. No já referido Ac. n.º 442/93, considerou que um cidadão estrangeiro não tem o direito de entrar livremente em território português e de aí permanecer, tendo afirmado expressamente que «os estrangeiros não têm constitucionalmente garantidos, por exemplo, o direito de entrada, nem o direito de permanência ou de estabelecimento em Portugal (*maxime* o direito de aqui fixarem residência)». Neste aresto, o TC socorreu-se de outras normas constitucionais para fundamentar o não reconhecimento de semelhantes direitos na esfera jurídica dos estrangeiros (desde logo, precisamente, do referido art. 27.º, n.º 3, al. c)). No caso em apreço, tratando-se da aplicação de uma pena de expulsão a um estrangeiro que não possuía título de residência, o TC considerou que «a expulsão (...) não o privou do direito de permanecer em Portugal, para o efeito, designadamente, de aqui estabelecer residência, nem do direito de entrar em território nacional, pela singela razão de que ele não tem tais direitos». Esse entendimento foi seguido no Ac. n.º 288/94<sup>640</sup>, que sublinhou que um estrangeiro não tem o direito de entrar livremente no território português, sem se sujeitar às autorizações administrativas necessárias para aí se fixar e permanecer, pelo que a expulsão de um estrangeiro em situação de ilegalidade não o priva de um direito civil de permanência - «direito esse que o Diploma Básico não confere, sem mais, aos estrangeiros». Por seu turno, o Ac. n.º 232/2004<sup>641</sup> referiu que «não há que convocar (...) o disposto no art. 15.º, n.º 1 da Constituição, pois o princípio da equiparação aí previsto é circunscrito aos estrangeiros que se encontrem ou residam em território nacional – o que não é o caso daqueles que pretendam entrar em Portugal, mas que tal entrada lhe seja interdita; a esse aplicar-se-ão os *standards* mínimos de protecção conferidos pela ordem internacional, mas nesse âmbito não se inclui, de forma indiscriminada, absoluta ou incondicional, o direito de entrada e permanência no território de um Estado». Por fim, no Ac. n.º 141/2015, o TC referiu que o conceito de

<sup>639</sup> JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 128.

<sup>640</sup> Ac. n.º 288/94, de 23/03/1994.

<sup>641</sup> Ac. n.º 232/2004, de 25/03/2004.

“residência legal”, quando aplicado aos cidadãos nacionais, «terá um significado próprio, que se tenderá a confundir com a mera identificação, para efeitos legais, do local ou sítio em que se localiza, dentro desse território, o seu domicílio, tal como este conceito está configurado nos artigos 82 a 88 do Código Civil», já que, por natureza, é um direito «incondicionado». Já no que toca aos estrangeiros, afirmou que os mesmos (em particular os nacionais de países terceiros) «não são titulares de um qualquer direito fundamental (de exercício incondicionado ou condicionado) de permanência em território da República», pelo que «o conceito de “residência legal em Portugal”, quanto a eles, adquire um significado próprio, que se não confunde nem com o aplicado a portugueses, nem com o aplicado a nacionais de um Estado-Membro da União Europeia. Para os cidadãos provenientes de países terceiros que se encontrem em solo nacional, deter “residência legal em Portugal” significa simplesmente estar “habilitado com título de residência”, de validade igual ou superior a um ano (Lei n.º 23/2007, alínea v), do artigo 3.º)». O TC sublinhou ainda que os portugueses são «naturalmente titulares de um direito fundamental a habitar o território», bem como a existência de uma «relação “umbilical”, estreitíssima, entre uma certa condição pessoal de cidadania (o ser-se português) e o direito a habitar o território».

Confirmando este entendimento, um relatório elaborado pelo Tribunal Constitucional sublinha que «os estrangeiros não gozam de um genérico direito de entrarem e de se fixarem no território nacional»<sup>642</sup>.

Assim, pode dizer-se que, também a nível constitucional, «não há um direito à imigração de estrangeiros»<sup>643</sup>.

### 3.2. PERMANÊNCIA NO TERRITÓRIO NACIONAL

Por fim, a CRP também não garante aos estrangeiros – independentemente do seu estatuto legal – um direito fundamental geral à permanência no território.

Tal direito é apenas garantido aos cidadãos portugueses. Assim, a CRP proíbe no art. 33.º, n.º1, de forma absoluta, a expulsão de cidadãos portugueses do território nacional. A proibição abrange as penas de degredo, bem como a expatriação<sup>644</sup>. Já em relação a

---

<sup>642</sup> CARLOS PAMPLONA DE OLIVEIRA, *A Jurisprudência...*, p. 6.

<sup>643</sup> J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, p. 530.

<sup>644</sup> CARLOS PAMPLONA DE OLIVEIRA, *A Jurisprudência...*, p. 6. Note-se, porém, que desde a revisão de 1997, já não existe semelhante proibição no que toca à extradição de cidadãos nacionais no território. Se inicialmente se restringia a extradição e, por conseguinte, também a entrega de nacionais «aos casos de terrorismo e de criminalidade internacional organizada», a revisão constitucional de 2001 introduziu no novo n.º5 do artigo 33 da CRP uma «cláusula de remissão global para as normas de cooperação judiciária penal estabelecidas no âmbito da UE». Visou-se com semelhante revisão acompanhar a evolução do direito da União Europeia em matéria de extradição, com a aprovação, em 13 de junho de 2002, da decisão-quadro sobre o mandado de detenção europeu e os processos de entrega entre os Estados-Membros. Sobre esse ponto, v. NUNO PIÇARRA, “A transposição da decisão-quadro relativa ao mandado de detenção europeu...”. Essa alteração demonstra, nas palavras do autor, que o princípio da não extradição de nacionais «não é um princípio apodítico suscetível de uma fundamentação plenamente racional (...), para além de dever sempre ser ponderado e harmonizado com o princípio fundamental da boa administração da justiça penal e o da territorialidade. Noutra perspectiva, a efetiva obrigação de direito internacional de os Estados acolherem os seus nacionais e garantirem a permanência em segurança no seu território está longe de ter como corolário a proibição de extradição dos mesmos, quando tenham cometido infracções penais noutro Estado» (cf. p. 75).

estrangeiros, a CRP não garante um direito de não expulsão e, por isso, um direito fundamental geral de permanência em território nacional.

Em articulação com o direito à cidadania (art. 26.º, 1 e 4), o direito à não expulsão confere aos cidadãos nacionais um direito à residência em território nacional<sup>645</sup>. Trata-se assim, como refere a doutrina, de um *direito exclusivo* dos cidadãos portugueses<sup>646</sup>. Essa mesma conclusão resulta dos trabalhos preparatórios do art. 44.º: o Projeto de Constituição apresentado pelo Partido Popular Democrático (PPD) previa, no respetivo art. 27.º, n.º2: «ninguém pode ser impedido de emigrar ou sair do território português e de a ele regressar», referindo o n.º3 que: «só os estrangeiros e observando o processo legalmente previsto, podem ser expulsos do território português»<sup>647</sup>.

O Supremo Tribunal de Justiça já teve também ocasião de afirmar, entre nós, que «o direito a não ser expulso (n.º 1 do art. 33.º da CRP) é, após a revisão constitucional de 1997 (Lei 1/97, de 20-09), um dos direitos que marca a diferença de estatuto entre cidadãos portugueses e cidadãos estrangeiros», e que «não existe um direito dos estrangeiros a entrarem e fixarem-se em Portugal – direito de imigração –, como não gozam de um direito absoluto de permanecerem em território nacional»<sup>648</sup>.

### 3.3. OUTRAS EXPERIÊNCIAS CONSTITUCIONAIS

Para além do Tribunal Constitucional Português, outras jurisdições constitucionais já tiveram oportunidade de se pronunciar sobre o reconhecimento de um “direito geral a imigrar” por parte das respetivas Constituições. Vejamos alguns exemplos.

#### 3.3.1. Espanha

O Tribunal Constitucional espanhol já afirmou várias vezes que os estrangeiros não são titulares de um direito geral a entrar no território espanhol<sup>649</sup>. E isto porque o direito de entrada no território não é um direito “imprescindível” para a dignidade da Pessoa Humana, pelo que não seria reconhecido a todas as pessoas. O Tribunal distinguiu o direito a entrar no território do direito à liberdade de residência, pondo fim às dúvidas resultantes de casos em que os estrangeiros invocavam o direito à liberdade de residência quando na verdade pretendiam entrar no território nacional<sup>650</sup>. O Tribunal recorreu à DUDH e ao PIDCP para determinar em que medida o art. 13.º estendia aos estrangeiros o direito fundamental a entrar no país, previsto no art. 19.º da Constituição. Nessa sequência, confirmou que o direito de circular e residir no território espanhol é reconhecido aos estrangeiros. Já o direito de entrar

---

<sup>645</sup> J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, p. 531, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 135.

<sup>646</sup> MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Os Direitos Fundamentais dos Estrangeiros...*, p. 176.

<sup>647</sup> *Diário da Assembleia Constituinte*, Suplemento ao n.º 14, de 9 de julho de 1975.

<sup>648</sup> Ac. de 10/12/2008, proc. n.º 08P2147.

<sup>649</sup> *Sentencia* n.º 94/1993, de 22/03/1993, *Sentencia* n.º 72/2005, de 04/04/2005, e *Sentencia* n.º 236/2007, de 07/11/2007.

<sup>650</sup> CARLOS ORTEGA CARBALLO, “Los Derechos Fundamentales de los Extranjeros en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional...”, p. 22. V., em particular, a *Sentencia* n.º 72/2005, cit.

no território apenas seria reconhecido a estrangeiros em circunstâncias excepcionais - por exemplo, quando estivesse em causa o direito de asilo ou o direito de livre circulação dos cidadãos da UE. Nos demais casos, o direito de os estrangeiros entrarem no território espanhol seria um direito não só de configuração, mas também de *atribuição legal*, o que implica o reconhecimento não só da liberdade do legislador a discipliná-lo, mas também a reconhecê-lo<sup>651</sup>. Neste seguimento, o Tribunal Constitucional espanhol entendeu não ser necessária a fundamentação do ato administrativo de recusa de visto, já que esse ato não consubstanciava a imposição de uma sanção ou a limitação de um direito<sup>652</sup>.

### 3.3.2. Itália

Também o Tribunal Constitucional italiano já afirmou que o estrangeiro não possuía, em regra, um direito fundamental à entrada e permanência no território estadual. Contrariamente ao cidadão nacional que, em conjunto com os seus pares, constituía um elemento do Estado, tendo por isso uma relação originária e permanente com o território, o estrangeiro apenas poderia ter esse direito se o mesmo lhe fosse soberanamente concedido por ato estadual, através de uma autorização para o efeito<sup>653</sup>. Num relatório apresentado pela própria *Corte Costituzionale*, explica-se que, ainda que esse direito fosse concedido por ato administrativo ao estrangeiro, o mesmo não teria a mesma natureza do direito de entrada de que são beneficiários os cidadãos nacionais. O cidadão nacional seria titular de um *diritto subjetivo*, enquanto ao cidadão estrangeiro poderia atribuir-se, quando muito, um *interesse legítimo*<sup>654</sup>.

A *Corte Costituzionale* fundamentou esta diferença de condições entre o nacional e o estrangeiro na falta de um laço ontológico, que uniria o cidadão e o Estado<sup>655</sup>. Por outro lado, tal diferença fundamentar-se-ia ainda na consideração de que a entrada e permanência de estrangeiros no território nacional está ligada a vários interesses públicos, como a segurança e saúde pública, a ordem pública, os compromissos internacionais e a política nacional em matéria de imigração, competindo ao legislador ordinário levar a cabo essa ponderação, detendo uma margem de apreciação discricionária para o efeito<sup>656</sup>.

### 3.3.3. França

---

<sup>651</sup> Assim, a *Sentencia* n.º 94/1993, cit.

<sup>652</sup> Para mais desenvolvimentos sobre esta jurisprudência v., ainda, JAVIER DE LUCAS, “El Marco Jurídico...”, p. 38 e CARLOS ORTEGA CARBALLO, “Los Derechos Fundamentales de los Extranjeros después de la Sentencia del Tribunal Constitucional...”, p. 22.

<sup>653</sup> *Sentenza* n.º 104/1969, de 26/06/1969. V. CORTE COSTITUZIONALE, *La Condizione Giuridica dello Straniero Extracomunitario...*, p. 108.

<sup>654</sup> CORTE COSTITUZIONALE, *La Condizione Giuridica dello Straniero Extracomunitario...*, p. 34.

<sup>655</sup> *Sentenza* n.º 62/1994, de 10/02/94. V. ainda GIANLUCA BRAGA, “Il «diritto clandestino»...”, p. 62.

<sup>656</sup> A afirmação de que o tratamento diferenciado do estrangeiro em matéria de entrada e permanência no território estadual não constituía uma violação do princípio da igualdade foi levada a cabo logo na referida *Sentenza* n.º 140/69. Mais tarde, foi reafirmado na *Sentenza* n.º 62/94, em que a *Corte* afirmou o poder do Estado negar a entrada a estrangeiros no território para a salvaguarda de interesses públicos, como a segurança e saúde pública, a ordem pública, os compromissos internacionais e política nacional em matéria de imigração. Sobre este ponto, G. BISCOTTINI, “L’ammissione ed il soggiorno...”, p. 154 e ss., EMANUELE ROSSI, “I diritti Fondamentali...”, p. 116, PAOLO PASSAGLIA, & ROBERTO ROMBOLI, “La condizione giuridica...”, p. 34.

Também o *Conseil Constitutionnel* francês já referiu por diversas vezes que não decorre da Constituição francesa qualquer garantia de acesso ao território estadual a estrangeiros. Em particular, referiu que as decisões tomadas pelas autoridades administrativas em matéria de imigração constituem o exercício de prerrogativas da força pública, quer se trate de decisões respeitantes à recusa da entrada de estrangeiros no território, de decisões relativas à concessão de um título de residência ou ainda de decisões de expulsão<sup>657</sup>. Esse entendimento foi expressamente firmado em várias decisões de finais da década de 80 e inícios da década de 90<sup>658</sup>. A *Décision* n.º 93-325, de 13/08/1993, usou a fórmula, depois repetida em sistematicamente nos arestos na matéria, de acordo com a qual: «*aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national*»<sup>659</sup>. Mais afirmou que as condições de entrada e permanência de estrangeiros podem ser restringidas por medidas de polícia administrativa, destinadas a prosseguir «interesses gerais»<sup>660</sup>.

---

<sup>657</sup> Sobre este ponto, v. FRANCK MODERNE, “Droit des Étrangers...”, p. 338 e ss.

<sup>658</sup> Assim, as *Décisions* n.º 89-261, de 28/07/1989, n.º 89-266, de 09/01/1990, n.º 89-269, de 22/01/1990, e n.º 92-307, de 25/02/1992. Sobre esta jurisprudência em geral, v. BRUNO GENEVOIS, “Un Statut Constitutionnel...”, p. 871 e ss.

<sup>659</sup> *Décision* n.º 2003-484, de 20/11/2003.

<sup>660</sup> Sobre este ponto, v. JUSTIN KISSANGOULA, *La Constitution Française...*, p. 2449 e ss.

## CAPÍTULO IV

### A DOCTRINA CONTEMPORÂNEA

Para a doutrina tradicional, como vimos, o *ius includendi et excludendi* constitui um dos núcleos duros da soberania estadual, e o estrangeiro não se pode arrogar um direito de entrada ou permanência no território de acolhimento. Esta corresponde, ainda hoje, à doutrina maioritária na matéria, como se verá (1). No entanto, tem surgido uma corrente alternativa, que advoga o retorno ao *ius migrandi*, e que importa analisar (2). Por fim, veremos qual será o caminho que iremos adotar (3).

#### 1. A MANUTENÇÃO DA DOCTRINA TRADICIONAL

A afirmação de que os Estados detêm poderes soberanos de controlo da entrada e permanência de estrangeiros no território, não se reconhecendo um direito à imigração, corresponde ainda à doutrina mais alargada na matéria, que tem desenvolvido diferentes formulações do princípio da soberania estadual em matéria de imigração<sup>661</sup>.

De facto, várias obras de finais do séc. XX continuam a afirmar o *ius includendi et excludendi*, não fundamentando nem questionando o mesmo<sup>662</sup>. RICHARD PLENDER afirma que «poucos princípios de direito internacional público se encontram tão claramente estabelecidos como a regra segundo a qual a admissão de estrangeiros no território releva da discricionariedade de cada Estado»<sup>663</sup>. MICHAEL WALZER defende também que os Estados são livres para decidir se aceitam ou não estrangeiros no seu território<sup>664</sup>. No mesmo sentido, MANUEL DIEZ VELASCO refere que o regime de entrada de estrangeiros no território é discricionariamente determinado pelos Estados<sup>665</sup>. Por seu turno, NGUYEN QUOC DINH, PATRICK DAILLIER, & ALLAIN PELLET referem que o Estado determina livremente as condições de entrada e estadia de estrangeiros no território, o que compreende as modalidades da sua eventual expulsão<sup>666</sup>. Por fim, THIERRY BAUDET refere que não existe um direito de entrada de estrangeiros no território de outro Estado, e que a regra vigente é a oposta: a de que os estrangeiros estão proibidos de entrar no território de outro Estado<sup>667</sup>.

Trata-se de apenas alguns exemplos que demonstram que o *ius includendi et excludendi* continua a ser afirmado pela doutrina jusinternacionalista como constituindo o princípio predominante em matéria de movimentos internacionais de pessoas, fundamentando a

---

<sup>661</sup> Para uma enumeração exaustiva das várias formas de enunciação do princípio da soberania estadual em matéria de controlo da imigração, v. JAMES A.R. NAFZIGER, “The General Admission...”, p. 806.

<sup>662</sup> Para várias referências, v. GERASSIMOS FOURLANOS, *Sovereignty and the Ingress...*, p. 56.

<sup>663</sup> RICHARD PLENDER, “Human Rights of Aliens...”, p. 44.

<sup>664</sup> MICHAEL WALZER, *As Esferas da Justiça...*, p. 46.

<sup>665</sup> MANUEL DIEZ VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional...*, p. 627.

<sup>666</sup> NGUYEN QUOC DINH, PATRICK DAILLIER, ALLAIN PELLET, *Droit International...*, p. 444.

<sup>667</sup> THIERRY BAUDET, *The Significance of Borders...*, p.220.

negação de um direito à imigração<sup>668</sup>. De facto, a referida doutrina continua a ser por demais repetida, numa cadeia de citações e referências que muitas vezes parecem acrílicas. E, apesar das evoluções sentidas noutros domínios, que têm posto em causa o conceito tradicional de soberania estadual, parece que, contemporaneamente, se está a assistir a um reforço das afirmações ligadas à doutrina tradicional. Nesse sentido, ELSPETH GUILD refere um reforço, na literatura académica, da teoria de que a imigração se encontra no núcleo duro da soberania<sup>669</sup>. ROGERS BRUBAKER e CHRISTIAN JOPPKE, por seu turno, afirmam, neste contexto, que, apesar das suas várias fraquezas, os Estados-nação continuam a ser instituições de grande «reclusão social»<sup>670</sup>. No mesmo sentido, SEYLA BENHABIB refere que, apesar da atual chamada “crise do Estado” e do fim das conceções tradicionais da soberania, não se tem verificado uma atenuação dos princípios tradicionais relativos ao controlo da imigração<sup>671</sup>. Muito pelo contrário, alguns dos desafios com que os Estados se confrontam contemporaneamente, como a imigração ilegal e a luta contra o terrorismo, têm feito com que a afirmação do *ius includendi et excludendi* se reforce<sup>672</sup>. Assim, a tendência parece ser a da continuação, senão mesmo reforço, da afirmação da doutrina tradicional.

## 2. AS RAZÕES PARA A MANUTENÇÃO DA DOCTRINA TRADICIONAL

A doutrina tradicional foi rececionada, e, por outro lado, encontra apoio no direito positivo, que, como vimos, não reconhece atualmente um direito geral à imigração. Para alguns autores, o fundamento dessa doutrina encontra-se no direito costumeiro, correspondendo a um princípio consuetudinário de direito internacional<sup>673</sup>. Tem-se invocado a existência de um princípio tido como “geralmente aceite”, nos termos do qual o Estado tem uma prerrogativa soberana no que toca ao controlo do acesso e permanência de estrangeiros no território. MICHEL LEVINET refere tratar-se de um «axioma basilar» do direito internacional geral segundo o qual, sob reserva dos limites derivados do direito convencional, o acesso ao território releva da soberania de cada Estado<sup>674</sup>. Outros autores, como nos dá conta FOURLANOS, encontram justificação para o mesmo no facto de o direito internacional guardar silêncio quanto a um direito do indivíduo a imigrar<sup>675</sup>. Invoca-se ainda a prática

---

<sup>668</sup> Assim, GERASSIMOS FOURLANOS, *Sovereignty and the Ingress...*, p. 63, CARLA AMADO GOMES, “The Administrative Condition...”, p. 11, JORGE MIRANDA, *Teoria do Estado...* p. 313.

<sup>669</sup> Cf. ELSPETH GUILD, *The Legal Elements...*, p. 148.

<sup>670</sup> A expressão usada por ambos os autores é «social closure». Cf. ROGERS BRUBAKER, *Citizenship and Nationhood...*, p. 53 e CHRISTIAN JOPPKE, *Immigration and the Nation-State...*, p. 25.

<sup>671</sup> Refere a autora: «the irony of current political developments is that while state sovereignty in economic, military, and technological domains has been greatly eroded, it is nonetheless vigorously asserted; national borders, while more porous, still keep out aliens and intruders». Cf. “Borders, Boundaries...”, p. 673. Assim, também, VINCENT CHÉTAIL, que refere o controlo da imigração como um dos últimos «bastiões da soberania». Cf. “The Transnational Movement of Persons...”, p. 2.

<sup>672</sup> Sobre este ponto, v., entre nós, MARIA BENEDITA URBANO, “Globalização: Os Direitos Fundamentais...”, p. 1036 e ss.

<sup>673</sup> Assim, JAMES A.R. NAFZIGER, “The General Admission...”, p. 1, FABIO MACRÌ, “La Corte di giustizia sul diritto al ricongiungimento familiare...”, p. 808, GIANLUCA BRAGA, “Il «diritto clandestino»...”, p. 66.

<sup>674</sup> MICHEL LEVINET, “L'éloignement...”, p. 94.

<sup>675</sup> GERASSIMOS FOURLANOS, *Sovereignty and the Ingress...*, p. 55.



generalizada dos Estados, que atuam como beneficiando, de facto, de ampla discricionariedade na matéria<sup>676</sup>.

No entanto, julgamos que o referido princípio tem de encontrar a sua justificação em fundamentos profundos, não se baseando apenas na constatação prática de «que assim é». Porque é que nenhuma das fontes de direito enunciadas reconhecem um direito à imigração? Mais. Porque é que os Estados são tão relutantes em prescindir dos seus poderes soberanos de controlo da imigração, de forma que, até no domínio da política europeia comum de imigração, tentam manter ao máximo tais poderes, como se viu *supra*<sup>677</sup>?

Do parco material bibliográfico que se debruça sobre as últimas justificações do *ius includendi et excludendi* resulta o entendimento que a imigração tem influências profundas quer nos próprios elementos constitutivos do Estado, quer no próprio conceito de cidadania nacional, quer ainda nos interesses públicos mais prementes que ao Estado incumbe prosseguir, no quadro dos seus fins<sup>678</sup>. São estes aspetos que nos propomos analisar de seguida, e que têm justificado a manutenção da doutrina tradicional.

## 2.1. IMPACTO DA IMIGRAÇÃO NOS ELEMENTOS DO ESTADO

Tem-se considerado, em primeiro lugar, que a imigração interfere nos elementos constitutivos do Estado. Neste contexto, é ilustrativa a formulação de FOURLANOS, quando refere que a coexistência de entidades soberanas pressupõe um certo exclusivismo, com o sentido de que ao povo, ou à nação, pertence um determinado território<sup>679</sup>. JOHN TORPEY refere, por seu turno, que um dos núcleos centrais da *formação* do Estado-Nação é a sua necessidade de controlar os movimentos de pessoas no seu território<sup>680</sup>.

No sentido clássico do termo, proposto por JELLINEK no séc. XIX<sup>681</sup>, o Estado soberano pressupõe a reunião de três elementos: governo, população e território.

Esta conceção tem sido seguida quase pacificamente pelos juspublicistas<sup>682</sup>. Entre nós, AUGUSTO OLIVEIRA, administrativista dos inícios do séc. XX, referia serem três os elementos

---

<sup>676</sup> GERASSIMOS FOURLANOS, *Sovereignty and the Ingress...*, p. 56. Reconhece-se, porém, que na prática os Estados não exercem esse direito com o seu âmbito máximo, no sentido de adotarem uma proibição absoluta de entrada de estrangeiros no território.

<sup>677</sup> V. Capítulo II, ponto 6.1. da presente parte.

<sup>678</sup> Assim, também GUY S. GOODWIN-GILL, que refere que o poder de expulsão de estrangeiros é justificado como um incidente da soberania e por referência ao interesse público. Cf. *International Law...*, p. 203. Por seu turno EDWIN M. BORCHARD refere que os fundamentos do poder de expulsão e de exclusão de estrangeiros residem na soberania do Estado, no direito de autopreservação e nos interesses públicos. Cf. *The Diplomatic Protection...*, p. 48.

<sup>679</sup> GERASSIMOS FOURLANOS, *Sovereignty and the Ingress...*, p. 6.

<sup>680</sup> JOHN TORPEY, *The Invention of the Passport...*, p. 4.

<sup>681</sup> GEORG JELLINEK, *Teoría General del Estado...*, p. 295 e ss. Sobre as conceções mais antigas do conceito de Estado, v. JOSÉ FREDERICO LARANJO, *Princípios de Direito Político...*, p. 45 e ss.

<sup>682</sup> Sobre este ponto, v. entre outros, ANDRÉ HAURIOU & JEAN GICQUEL, *Droit Constitutionnel...*, p. 95 e ss., KARL DOEHRING, “State...”, p. 423 e ss., PETER BURNHAM, “State...”, p. 512-515, JAMES CRAWFORD, *The Creation of States...*, MANUEL DIEZ VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional...*, p. 279, e, entre os autores na área do direito da imigração da UE, PIETER BOELES, MAARTEN DEN HEIJER, GERIE LODDER & KEES WOUTERS, *European Migration Law...*, p. 6. Alguns autores colocam porém esta ideia em crise. Assim, LENIO LUIZ STRECK & JOSE LUIS BOLZAN DE MORAIS, *Ciência Política...*, p. 139.

que constituíam o Estado: coletividade nacional, território e poder político<sup>683</sup>. MARCELLO CAETANO referia que um Estado pressupõe «um povo fixado num território, de que é senhor, e que dentro das fronteiras desse território institui, por autoridade própria, órgãos que elaborem as leis necessárias à vida colectiva e imponham a respectiva execução»<sup>684</sup>. É esta ainda a doutrina que decorre do manual de ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA & FAUSTO DE QUADROS<sup>685</sup>. Já ALBINO DE AZEVEDO SOARES defende uma sistematização dos elementos que constituem o Estado assente numa divisão estrutural entre elementos sociológicos ou de facto (a população, o território e o governo) e elementos de direito, representados pela soberania e a personalidade jurídica<sup>686</sup>.

O artigo 1.º da Convenção de Montevideo para os Direitos e Deveres dos Estados, de 1933, consagrou este entendimento, ao plasmar que o Estado, como sujeito de direito internacional, deve reunir os seguintes requisitos: população permanente, território determinado e governo. Acrescentou ainda, porém, a capacidade de entrar em relações com os demais Estados. Por seu turno, a jurisprudência internacional adota também este conceito. Assim, a comissão arbitral para a Jugoslávia, que referiu que o Estado é comumente definido como uma coletividade que se compõe de um território e de uma população submetida a um poder político organizado e que se caracteriza pela soberania<sup>687</sup>.

Também os nossos constitucionalistas lançam mão dos tradicionais três elementos para caracterizar a instituição “Estado”. Assim, J.J. GOMES CANOTILHO afirma que o Estado pressupõe um poder político de comando, que tem como destinatários os cidadãos nacionais, reunidos num determinado território<sup>688</sup>. Por seu turno, JORGE MIRANDA adota a referida tripartição para falar em «condições de existência do Estado»<sup>689</sup>. Por fim, JORGE BACELAR GOUVEIA define Estado como a «estrutura juridicamente personalizada, que num dado território exerce um poder político soberano, em nome de uma comunidade de cidadãos que ao mesmo se vincula»<sup>690</sup>.

A doutrina tem afirmado, inclusivamente, que as evoluções a que a figura do Estado tem estado sujeita nas últimas décadas, nomeadamente com o fenómeno da globalização ou da integração europeia, não têm alterado a sua específica conformação, mantendo-se o entendimento essencial desse ente como uma ordem territorial baseada no princípio da soberania, o que se revela especialmente no que toca ao controlo da imigração<sup>691</sup>.

Tem sido entendimento que a imigração influi em dois dos elementos referidos: no território e na população. Por um lado, é através do território que se marca o domínio dentro do qual o Estado exerce a sua soberania. No que toca ao segundo elemento referido, alguns instrumentos e alguma doutrina referem-se a população, outros a povo. Os dois conceitos não

---

<sup>683</sup> AUGUSTO OLIVEIRA, *Lições de Direito Administrativo...*, p. 4.

<sup>684</sup> MARCELLO CAETANO, *Manual de Ciência Política...*, p. 122.

<sup>685</sup> *Manual...*, p. 20

<sup>686</sup> ALBINO DE AZEVEDO SOARES, *Lições...*, p. 204.

<sup>687</sup> Comissão arbitral para a Jugoslávia, parecer n.º 1, de 29/11/1991.

<sup>688</sup> *Direito Constitucional...*, p. 90.

<sup>689</sup> JORGE MIRANDA, *Manual...* Tomo III, p. 12 e 34 e ss. Para um estudo, por este autor, da formação histórica do Estado, v. *Teoria do Estado...*, p. 31 e ss.

<sup>690</sup> JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional...*, Vol. I, p. 129.

<sup>691</sup> PIETER BOELES, MAARTEN DEN HEIJER, GERRIE LODDER & KEES WOUTERS, *European Migration Law...*, p. 7.

são totalmente coincidentes<sup>692</sup>. No entanto, invoca-se que a imigração pode ter impacto em ambos, como adiante se analisará.

### 2.1.1. Território

Na Idade Média já se afirmava que os poderes que o príncipe exercia sobre o território do Reino justificavam a faculdade de proceder à expulsão de estrangeiros do mesmo<sup>693</sup>. No entanto, a ideia de correspondência entre soberania e um espaço territorial determinado coincidiu de forma mais sedimentada com o surgimento do conceito moderno de Estado-Nação<sup>694</sup>. Com o advento do Estado moderno, as comunidades tornaram-se entidades orgânicas enraizadas num determinado espaço físico, e o controlo de um território demarcado tornou-se uma qualidade essencial do Estado. Assim, o Estado-Nação moderno era, acima de tudo, caracterizado pelas suas fronteiras precisas<sup>695</sup>. O poder de exercer controlo exclusivo sobre o território passou a ser considerado um atributo essencial da soberania estadual. Se o Estado não era livre para decidir quem entrava no seu território, de acordo com os seus próprios critérios, estar-lhe-ia a ser negado o papel de autoridade do território em questão<sup>696</sup>.

Hoje, o art. 2.º da Carta das Nações Unidas consagra a importância do território para o Estado, garantindo no n.º4 o direito à integridade territorial. O “território” tem ainda acolhimento constitucional<sup>697</sup>.

Alguns autores defendem ser impossível definir o que constitui o “território” do Estado. Mas de uma forma geral, tem sido aceite que o termo visa designar o espaço jurídico próprio dessa entidade, objeto do seu poder e limite da sua autoridade em face dos restantes Estados<sup>698</sup>. Por outro lado, são várias as teorias que procuram explicar a sua natureza<sup>699</sup>, e que se dividem entre a consideração do mesmo como elemento constitutivo do Estado, como domínio espacial do seu poder, como limite da validade da ordem jurídica ou, por fim,

---

<sup>692</sup> Em RUI MOURA RAMOS, os termos são usados como equivalentes, referindo que através da cidadania, «se define um dos elementos estruturantes [do Estado] - a população ou o povo estadual». Cf. “Cidadania...”, p. 109.

<sup>693</sup> ANTONIO PEDRO BARBAS HOMEM, *História das Relações Internacionais...*, p. 97.

<sup>694</sup> DORA KOSTAKOPOULOU & ROBERT THOMAS, “Unweaving the Threads...”, p. 8.

<sup>695</sup> GERASSIMOS FOURLANOS, *Sovereignty and the Ingress...*, p. 7. O autor refere, porém, que a importância do território era já conhecida no Egito, Grécia e Roma.

<sup>696</sup> GERASSIMOS FOURLANOS, *Sovereignty and the Ingress...*, p. 57.

<sup>697</sup> Sobre as referências ao território na Constituição da República Portuguesa, v. JORGE MIRANDA, “Território”..., p. 81 e ss. Sobre a importância do elemento território na definição do Estado contemporâneo, v. JORGE MIRANDA, *Teoria do Estado...* p. 37.

<sup>698</sup> JORGE MIRANDA, *Manual...* Tomo III, p. 249. Sobre a importância e funções do território, v. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional...* Vol. I, p. 145 e ss.

<sup>699</sup> Sobre este ponto, v. JORGE MIRANDA, “Território”..., p. 77, ss. e, do mesmo autor, *Teoria do Estado...* p. 257 e ss. e 425 e ss., BRUNO NASCIMBENE, *Il Trattamento dello Straniero...*, p. 25 e ss., SANTI ROMANO, “Osservazioni sulla natura Giuridica del Territorio...” p. 203 e ss., JULIO A. BARBERIS, “Les Liens Juridiques entre l’État et son Territoire...” p. 133, CHARLES P. GOMES, “Les Limites de la Souveraineté...” p. 413, NGUYEN QUOC DINH, PATRICK DAILLIER, ALLAIN PELLET, *Droit International...*, p. 400, MANUEL DIEZ VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional...*, p. 626.

como *propriedade* do Estado<sup>700</sup>. No que toca a esta última ideia, ela parte de um paralelismo entre a soberania territorial e a doutrina civilista da propriedade privada<sup>701</sup>. Um dos nossos jusinternacionalistas do séc. XIX referia, neste contexto: «*em virtude da independência dos estados, o território de um povo é propriedade exclusiva d'elle. Este direito de propriedade é absoluto*»<sup>702</sup>. Também a formulação de MARCELLO CAETANO, segundo a qual o Estado se caracteriza por uma sociedade política territorial «fixada num território de que é senhora» demonstra influências desta conceção<sup>703</sup>. O mesmo se poderá dizer, de resto, da conceção adotada por DIOGO FREITAS DO AMARAL, que refere ser «preferível acentuar a ideia (político-jurídica) de que no Estado há um povo que se assenhoreia de um território, em vez da simples menção (meramente sociológica ou geográfica) de que há um povo fixado num território»<sup>704</sup>.

O paralelismo entre a soberania territorial e o direito de propriedade está ainda na base da manutenção da afirmação das prerrogativas do *ius includendi et excludendi*<sup>705</sup>. Assim como o proprietário tem um direito *erga omnes* de excluir qualquer terceiro do objeto sobre que impende o seu direito, também o Estado o teria do seu território. Neste ponto são ilustrativas as palavras de OPPENHEIM: «*every State is, and must remain, master in its own house, and this is of special importance with regard to the admission of aliens*»<sup>706</sup>. Na jurisprudência dos EUA, este paralelo foi levado às últimas consequências. Invocava-se a qualidade dos estrangeiros enquanto *convidados da Nação*, pelo que a admissão dos mesmos era um privilégio revogável, comparável ao de um proprietário perante os seus convidados<sup>707</sup>. Mesmo os estrangeiros residentes no território não possuíam um *direito de residir* no mesmo, apenas podendo ali permanecer *porque e enquanto* a sua presença fosse tolerada pelo Estado. Nesse seguimento, a *Supreme Court* afirmou que o direito de um imigrante de longa duração de reentrar nos EUA era conferido por livre vontade do Estado, podendo ser revogado a qualquer momento e a seu bel-prazer<sup>708</sup>.

Entre nós, JOAQUIM DA SILVA CUNHA & MARIA DA ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA fundamentam o *ius includendi et excludendi* na soberania territorial do Estado através de outra linha argumentativa. Os autores partem da distinção entre *soberania territorial*, que corresponderia ao direito de plena disposição de um território conferido pelo direito internacional, e que se assemelharia, de certa forma, à noção de propriedade, e *supremacia territorial*, definida como a faculdade de exercer poderes de facto sobre um determinado

<sup>700</sup> Defensores da última conceção são, nomeadamente, PAUL FAUCHILLE, *Traité de Droit International Public...*, p. 450 e ainda D. DONATI, *Stato e Territorio...*, p. 16 e ss. Este último autor nega inclusivamente que o território seja um elemento constitutivo do Estado, constituindo, antes um “direito de domínio”.

<sup>701</sup> J.L. BRIERLY, *Direito Internacional...*, p. 159 e DORA KOSTAKOPOULOU & ROBERT THOMAS, “Unweaving the Threads...”, p. 8 e ss.

<sup>702</sup> ANTÓNIO DA ROSA GAMA LOBO, *Princípios de Direito Internacional...*, p. 283. Contra esta perspetiva, ÁLVARO VILLELA referia que a soberania não equivale à propriedade de acordo com os princípios do Direito Privado, mas a um poder político, que confere ao Estado um poder independente e superior de governo e administração. Cf. *Estudos de Direito Internacional...*, p. 223.

<sup>703</sup> MARCELO CAETANO, *Manual de Ciência Política...*, p. 122.

<sup>704</sup> DIOGO FREITAS DO AMARAL, “Estado”..., p. 1128.

<sup>705</sup> Assim, FRANÇOIS RIGAUX, “L’Immigration...”, p. 700, DORA KOSTAKOPOULOU, “Irregular Migration...” p. 48.

<sup>706</sup> L. OPPENHEIM, *International Law...*, p. 537.

<sup>707</sup> STEPHEN LEGOMSKY, “Immigration Law...”, p. 269. Para uma crítica desta teoria v., do mesmo autor, *Immigration and the Judiciary...*, p. 200.

<sup>708</sup> *Chae Chan Ping c. United States*, cit.

território, e que se assemelharia à posse<sup>709</sup>. O *ius includendi* derivaria da segunda, *i.e.*, do complexo de poderes que o Estado dispõe sobre o território. Os autores sublinham, como um poder de conteúdo negativo, a faculdade de proibir a permanência no seu território a estrangeiros e apátridas quando a sua presença seja considerada inconveniente<sup>710</sup>.

Ora, a ideia do paralelismo entre a soberania territorial e o direito de propriedade não é unânime na doutrina. ELSPETH GUILD refere que este paralelismo ignora a diferença essencial entre a população do Estado e os ocupantes da propriedade privada, uma vez que os primeiros apenas possuem ligações formais e burocráticas entre si<sup>711</sup>. Por outro lado, alguns autores chamam a atenção para o facto de a conceção do território do Estado como *objeto de domínio* ser incompatível com a conceção do território como um *elemento constitutivo* do Estado<sup>712</sup>.

Independentemente da posição que possa tomar nesta querela, importa-nos apenas afirmar que uma das razões invocadas para a manutenção do *ius includendi et excludendi* tem residido, de facto, na soberania territorial, que engloba a capacidade de os Estados controlarem o movimento de pessoas, bens e atividades, nos seus territórios<sup>713</sup>.

Este ponto tem sido, porém, relativizado no seio da integração europeia, nomeadamente no que toca à já mencionada supressão dos controlos dentro das chamadas “fronteiras internas”, que, como refere ELSPETH GUILD, veio representar um repensar do significado das fronteiras dos vários Estados-Membros, fazendo com que o lugar das mesmas na teoria da soberania estadual se tornasse menos relevante<sup>714</sup>. Alguns autores invocam ainda que isso levou à criação de “novas formas de identidade territorial”, que podem relativizar alguns dos argumentos avançados para a manutenção exclusividade do *ius includendi et excludendi*<sup>715</sup>. Alguns autores falam na ideia de *delegação*, *i.e.*, os Estados delegaram o controlo das suas fronteiras nos Estados encarregados de fiscalizar a passagem de fronteiras externas<sup>716</sup>. NUNO PIÇARRA adota a ideia de *renúncia* ao controlo estadual dos movimentos de pessoas nas fronteiras comuns dos Estados-Membros e a atribuição à UE de competência para uniformizar os controlos fronteiriços nas fronteiras externas<sup>717</sup>. Refere o autor que, com isso,

---

<sup>709</sup> JOAQUIM DA SILVA CUNHA & MARIA DA ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA, *Manual...*, p. 638. Sobre a possibilidade de distinção, defendida por VERDROSS, entre soberania e supremacia territorial, v. ainda JULIO A. BARBERIS, “Les Liens Juridiques entre l’État et son Territoire...”, p. 142 e ss. e, entre nós, JORGE MIRANDA, *Teoria do Estado...* p. 427 e ss.

<sup>710</sup> JOAQUIM DA SILVA CUNHA & MARIA DA ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA, *Manual...*, p.639.

<sup>711</sup> ELSPETH GUILD, *The Legal Elements...*, p. 27.

<sup>712</sup> JULIO A. BARBERIS, “Les Liens Juridiques entre l’État et son Territoire...”, p. 137.

<sup>713</sup> Assim, VINCENT CHÉTAIL, “The Transnational Movement of Persons...”, p. 28.

<sup>714</sup> ELSPETH GUILD, *The Legal Elements...*, p. 3. Sobre o conceito clássico de fronteiras e sua relação com a soberania estadual, v. MALCOLM ANDERSON AND DIDIER BIGO, “What are EU Frontiers...”, p. 8. Não obstante, há que sublinhar que não se pode falar de uma verdadeira “abolição” de fronteiras, já que estas continuaram a demarcar o território dos Estados. O que houve foi a “colocação em comum dos territórios” através da abolição dos *controlos* de pessoas nas chamadas fronteiras internas. Assim, NUNO PIÇARRA, “O espaço de liberdade, segurança e justiça no Tratado...”, p. 970 e, do mesmo autor, “O Tratado de Lisboa...” (2011), p. 130. V., sobre a abolição dos controlos nas fronteiras internas, Capítulo II, ponto 4.2. da presente Parte.

<sup>715</sup> MALCOLM ANDERSON & DIDIER BIGO, “What are EU Frontiers...” p. 11.

<sup>716</sup> KAY HAILBRONNER, *Immigration and Asylum...*, p. 130 e SOPHIE GARCIA-JOURDAN, *L’émergence d’un espace européen ...*, p. 138.

<sup>717</sup> NUNO PIÇARRA, “O Tratado de Lisboa...” (2010), p.249.

a UE «vê-se directamente envolvida nas questões de identidade, controlo e segurança imbricadas no conceito de fronteira»<sup>718</sup>.

### 2.1.2. População e Povo

Tem-se ainda invocado que a imigração tem impacto no elemento humano do Estado. O poder soberano de controlo dos movimentos migratórios teria como justificação a autodeterminação da comunidade política, que teria o poder de escolher os seus novos membros<sup>719</sup>. Neste contexto tem particular importância a conceção de CARL SCHMIDT, que desenvolve a teoria da essência do Estado a partir da identificação do que constitui *o político* – o qual assenta na distinção entre amigo e *inimigo*, dependendo da pertença à comunidade. O último corresponde ao *hostes*, *i.e.*, aos estrangeiros, sendo o Estado entendido como uma comunidade política organizada de *membros*<sup>720</sup>.

A relevância da imigração para o elemento pessoal do Estado tem especial relevância se se tiver em conta, desde logo, o conceito de *população*, entendida como conjunto de pessoas *residentes* no território<sup>721</sup>. E, de facto, a imigração muda e reconfigura o conjunto de pessoas residentes em cada momento no Estado e sujeitas à soberania do mesmo<sup>722</sup>.

Para alguns autores, pode falar-se de um sentido lato e de um sentido estrito do termo “população”. O primeiro abrangeria todos os habitantes do Estado. O segundo, apenas os que encontrariam vinculados a este pelo vínculo da cidadania<sup>723</sup>. Para a maior parte dos autores, o elemento humano do Estado não é a população, mas sim o *povo* (ou população em sentido estrito, para os que defendem aquela categorização)<sup>724</sup>, constituindo, esse sim, o Estado enquanto comunidade política<sup>725</sup>. Nós adotamos o conceito de “povo” tal como o mesmo é entendido no art. 4.º da Constituição, *i.e.*, como abrangendo o conjunto de cidadãos

---

<sup>718</sup> Também, nesse sentido, STEVE PEERS, *EU Justice and Home Affairs...*, p. 136.

<sup>719</sup> Sobre este ponto, v. JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN, “Derechos de la Persona...”, p. 54.

<sup>720</sup> CARL SCHMITT, *La Notion du Politique...*, p. 66 e ss.

<sup>721</sup> MANUEL DIEZ VELASCO considera, porém, que apenas os estrangeiros com residência permanente integram a *população*. Cf. *Instituciones de Derecho Internacional...*, p. 280.

<sup>722</sup> Sobre este ponto v., em especial, JORGE GASPAR, “A Autorização de permanência...”, p. 964, GONÇALO SARAIVA MATIAS, *Migrações e Cidadania...*, p. 19.

<sup>723</sup> NGUYEN QUOC DINH, PATRICK DAILLIER, ALLAIN PELLET, *Droit International...*, p. 395. Para uma distinção entre população e povo, v. MARCELO CAETANO, *Manual de Ciência Política...*, p. 123, ARMANDO MARQUES GUEDES, *Teoria Geral do Estado...*, p. 18 e ss. O último autor refere que o conceito de população é um conceito sociológico, enquanto que o de povo é um conceito jurídico. JORGE BACELAR GOUVEIA sublinha, no seu manual de Direito Constitucional, que o elemento humano do Estado é o conjunto de pessoas unidas ao mesmo pelo vínculo de cidadania, daí se distinguindo da população, composta pelo conjunto de pessoas residentes ou habitantes no território estadual. Cf. *Manual de Direito Internacional...*, Vol. I, p. 518.

<sup>724</sup> NGUYEN QUOC DINH, PATRICK DAILLIER, ALLAIN PELLET, referem que o conceito lato de população não deve ser considerado elemento do Estado. Cf. *International...*, p. 395. Já ALEJANDRO J. RODRÍGUEZ CARRIÓN parece adotar uma noção ampla, ao referir que o elemento humano do Estado é a base pessoal de exercício de competências do Estado no território, o que abrangeria todos os residentes. Cf. *Leciones de Derecho Internacional...*, p. 78.

<sup>725</sup> JORGE MIRANDA, *Teoria do Estado...* p. 267.

nacionais, na medida em que aí se elege a cidadania portuguesa como critério exclusivo para o preenchimento do conceito constitucional de “povo”<sup>726</sup>.

Ora, para além de afetar diretamente a composição da população, a imigração pode ainda afetar indiretamente a própria composição do *povo*<sup>727</sup>. O direito da imigração é essencial para criar a população, que mais tarde pode compor o povo<sup>728</sup>. Nessa ordem de ideias, refere MICHAEL WALZER que todos os residentes devem ser encarados como cidadãos potenciais<sup>729</sup>. E, de facto, o direito da imigração funciona cada vez mais como o primeiro crivo para se controlar a pertença a uma determinada comunidade<sup>730</sup>. Tanto assim é que as várias leis da nacionalidade preveem mecanismos para que os estrangeiros residentes possam aceder à nacionalidade do país de residência. A lei da nacionalidade portuguesa consagra a existência de verdadeiros direitos subjetivos para os residentes estrangeiros poderem aceder à cidadania portuguesa através da figura da naturalização, baseada nos laços que os mesmos entretanto entreteceram com a comunidade<sup>731</sup>. O controlo da imigração pode assim, em último termo, influenciar decisivamente a própria composição da comunidade nacional<sup>732</sup>.

A influência da imigração quer na população quer, mediatamente, no povo, está intimamente ligada à questão da identidade da comunidade que o Estado pretende formar ou preservar<sup>733</sup>. De facto, como se viu, a imigração muda a própria configuração da sociedade, principalmente face ao tipo de imigração contemporâneo, mais duradouro e que tem demonstrado a tendência para se converter em imigração definitiva<sup>734</sup>.

ROGERS BRUBAKER refere, neste contexto, que o *ius includendi et excludendi* e a correlativa falta de reconhecimento de um direito à imigração estão relacionados com o próprio conceito de Estado-Nação, enquanto comunidade de membros<sup>735</sup>. MICHAEL WALZER sublinha que os *membros da comunidade* fazem a seleção dos *não membros* de acordo com o tipo de comunidade

---

<sup>726</sup> Assim, também a jurisprudência do TC. V., em particular, o Ac. n.º 141/2015, de 25/02/2015.

<sup>727</sup> Assim, JAMES A.R. NAFZIGER, “The General Admission...”, p. 822.

<sup>728</sup> CATHERINE DAUVERGNE, *Making People Illegal...*, p.46.

<sup>729</sup> Apesar de o autor reconhecer que a admissão de estrangeiros no território é discricionária, a admissão à nacionalidade através da naturalização é, no seu entender, «totalmente imposta». MICHAEL WALZER, *As Esferas da Justiça...*, p. 73. Entre nós, v. ainda GONÇALO SARAIVA MATIAS, *Migrações e Cidadania...*

<sup>730</sup> CATHERINE DAUVERGNE, “Making People Illegal...”, p. 85 e ainda ELSPEETH GUILD, *The Legal Elements...*, p. 8.

<sup>731</sup> Sobre este ponto, v. RUI MOURA RAMOS, “A Renovação do Direito Português...”, NUNO PIÇARRA & ANA RITA GIL, *Country Report on Citizenship...* e ANA RITA GIL, “Princípios de Direito da Nacionalidade...”.

<sup>732</sup> JEAN COMBACAU & SERGE SUR referem que o que justifica o *ius includendi* é, principalmente, a competência pessoal do Estado e as atribuições ligadas à concessão da nacionalidade. Cf. JEAN COMBACAU & SERGE SUR, *Droit International Public...*, p. 366.

<sup>733</sup> Assim, ELSPEETH GUILD refere que a categorização e divisão dos indivíduos em cidadãos e não cidadãos é um aspeto central da *identidade do Estado*, através da delimitação das fronteiras e da população. Cf. *The Legal Elements...*, p. 237. Em sentido semelhante, refere ALAN DOWTY: «control of entry is essential to the idea of sovereignty, for without it a society has no control over its basic character». Cf. *Closed Borders...*, p. 14. No mesmo sentido, BRUNO NASCIMBENE, *Il Trattamento dello Straniero...*, p. 236 e CATHERINE DAUVERGNE, “Irregular Migration, State Sovereignty...”, p. 80.

<sup>734</sup> STEPHEN CASTLES & MARK J. MILLER, *The Age of Migration...*, p. 231.

<sup>735</sup> ROGERS BRUBAKER, *Citizenship and Nationhood...*, p. 22-25.

que querem formar<sup>736</sup>. O direito de restringir os fluxos migratórios visa, assim, neste contexto, garantir a *autodeterminação comunitária*<sup>737</sup>.

E, a final, as regras que são estabelecidas em matéria de imigração, no que toca a quem pode entrar, quer no território, quer na própria comunidade estadual, são demonstrativas de que forma o Estado se identifica a si próprio e aos seus membros<sup>738</sup>. Também entre nós, CARLA AMADO GOMES refere que o estabelecimento de critérios de entrada e saída do território é uma «marca fundamental da identidade do Estado»<sup>739</sup>.

Assim, a formação da composição e identidade do substrato pessoal do Estado é outro fundamento que tem motivado a permanência da doutrina tradicional.

## 2.2. IMPACTO DA IMIGRAÇÃO NO CONCEITO DE CIDADANIA NACIONAL

Seguidamente, tem-se invocado que o reconhecimento de um direito geral à imigração implicaria um repensar do próprio conceito de cidadania nacional.

Como vimos, foi nos inícios do séc. XIX que surgiu a afirmação da ligação entre a cidadania e o direito a residir no território. Ora, hoje é ainda tido como pacificamente aceite que o direito de livre relação com o território nacional é um dos atributos essenciais da cidadania nacional<sup>740</sup>. O direito de residir constitui o cerne daquilo que se apelida de “cidadania-pertença”, que acresce à cidadania-participação<sup>741</sup>. Alguns autores afirmam inclusivamente que a relação entre o cidadão nacional e o território nacional constitui, para o vínculo de cidadania, um aspeto ainda mais importante que o da participação política<sup>742</sup>.

O reconhecimento de um direito geral à imigração implicaria um alinhamento do tratamento jurídico dos estrangeiros com o dos nacionais em relação a um dos direitos que

---

<sup>736</sup> MICHAEL WALZER, *As Esferas da Justiça...*, p. 47.

<sup>737</sup> MICHAEL WALZER, *As Esferas da Justiça...*, p. 64. Já JÜRGEN HABERMAS defende que a identidade de uma comunidade política não poderia ser posta em causa pela imigração, já que se enraíza nos princípios constitucionais de uma cultura política, e não numa forma de vida étnico-cultural. Cf. “Citizenship and National Identity”..., p. 278.

<sup>738</sup> CATHERINE DAUVERGNE refere que as leis de imigração espelham a identidade dessa própria comunidade. Cf. *Humanitarianism, Identity...*, p. 30 e 58. Neste ponto, v. ainda STEPHEN LEGOMSKY, “Immigration Policy from Scratch...”, p. 366.

<sup>739</sup> CARLA AMADO GOMES, “A Evolução...”, p. 209.

<sup>740</sup> JORGE MIRANDA, “A Cidadania”..., p. 29, ELSPETH GUILD, *The Legal Elements...*, p. 234.

<sup>741</sup> MARCO CUNIBERTI, “Espulsione dello Straniero...”, p. 817, GIANLUCA BRAGA, “Il «diritto clandestino»...”, p. 58. O primeiro autor relembra, inclusivamente, que a construção de um conceito de cidadania europeia não prescindiu da mútua implicação entre território e cidadania. De facto, a emergência de um conceito de cidadania europeia fez-se através do desenvolvimento da liberdade de circulação e residência dos cidadãos nos territórios dos Estados-Membros. No entanto, como referiu o TJ no Ac. de 04/12/1974 *Van Duyn c. Home Office* proc. n.º C-41/74, «um Estado-Membro pode, por razões de ordem pública e quando o considere necessário, recusar aplicar a um nacional de outro Estado-Membro o princípio da livre circulação dos trabalhadores, no caso de esse nacional pretender exercer uma determinada atividade assalariada, mesmo que não imponha aos seus nacionais uma restrição análoga». Assim, mesmo a cidadania europeia não é totalmente equivalente à cidadania nacional no que toca à relação com o território.

<sup>742</sup> ANNE LISE DUCROQUETZ refere que a proibição de expulsão é a consequência principal da nacionalidade. Cf. *L'Expulsion des Étrangers...*, p. 30. Em sentido semelhante, WILLIAM WALTERS, “Deportation, Expulsion...”, p. 288.



estão no núcleo central da cidadania<sup>743</sup>. Nesse sentido, Kelsen defende que embora não seja impossível imaginar um Estado que reconheça os direitos políticos, com total igualdade, a nacionais e a estrangeiros residentes, já seria difícil imaginar que os Estados abdicassem de exercer o controlo sobre os seus limites físicos<sup>744</sup>. Se assim fosse, a diferença entre cidadão nacional e estrangeiro tornar-se-ia impercetível. Assim, também este autor considera que, enquanto existir a figura do Estado-Nação tal como a conhecemos hoje, resistirá a diferença basilar entre cidadão nacional e estrangeiro no sentido de que o cidadão nacional – ao contrário do estrangeiro – não possui um direito à entrada e permanência no território estadual. Por seu turno, TORPEY refere que o Estado-Nação tem especiais obrigações para com os seus nacionais, que não tem para com os demais seres humanos, sendo uma delas a de os acolher incondicionalmente no seu território<sup>745</sup>.

Enfim, advoga-se ainda que o reconhecimento de um direito geral à imigração levaria a repensar a conceção de cidadão nacional. E, em último termo, do próprio conceito de Estado-Nação, já que uma parte intrínseca desse conceito diz respeito precisamente à criação de direitos exclusivos dos cidadãos, por contraposição aos estrangeiros<sup>746</sup>.

### 2.3. IMPACTO DA IMIGRAÇÃO NOS FINS DO ESTADO

Por fim, a imigração teria impacto nos *fins* do Estado. Alguns autores referem, inclusivamente, que a correspondência entre a cidadania e a exclusividade do direito de entrada no Estado não foi fruto de uma verdadeira reflexão, mas sim da necessidade de tal exclusividade para garantir a convivência pacífica no próprio âmbito territorial<sup>747</sup>.

Ao longo da História as várias comunidades políticas têm sido criadas em torno de um determinado fim comum<sup>748</sup>. O Estado não foi exceção. Nesse sentido, têm sido várias as formulações respeitantes aos fins ou funções do Estado<sup>749</sup>. S. Tomás de Aquino reconduzia-as à ideia mais abrangente de «bem comum»<sup>750</sup>. A doutrina tradicional reconduz os mesmos a três: a segurança, a justiça e o bem-estar da comunidade<sup>751</sup>. Num paralelo com a antiga teoria tomista, alguns autores têm ainda considerado que esses três fins podem ser resumidos à ideia de finalidade maior do “bem comum”, que seria um fim comum a todos os Estados

---

<sup>743</sup> FRANÇOIS JULIEN-LAFERRIÈRE, “Droit des Étrangers...”, p. 253. Em sentido diverso, JOSEPH CARENS defende que a abolição dos controlos migratórios não implicaria necessariamente o fim das distinções entre nacionais e estrangeiros, já que os membros da comunidade continuariam a possuir direitos e deveres não partilhados pelos não membros. Cf. JOSEPH CARENS, “Aliens and Citizens...”, p. 249.

<sup>744</sup> HANS Kelsen, *Esencia Y Valor de la Democracia...*, p. 31 e ss.

<sup>745</sup> JOHN TORPEY, *The Invention of the Passport...*, p. 191.

<sup>746</sup> Nesse sentido, v. ELSPEETH GUILD, “The Border Abroad...”, p. 88.

<sup>747</sup> UGO FERRONI, “Incolato...”, p. 556.

<sup>748</sup> MARIA LÚCIA AMARAL, *A Forma da República...*, p. 15.

<sup>749</sup> Usando a expressão “funções”, JORGE MIRANDA, *Teoria do Estado...* p. 336. V., sobre as várias teorias, GEORG JELLINEK, *Teoría General del Estado...*, p. 171 e ss.

<sup>750</sup> JOSÉ CARLOS DE BARTOLOMÉ CENZANO, *El Orden Público...*, p. 120.

<sup>751</sup> DIOGO FREITAS DO AMARAL, “Estado”, p. 1141, JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional...*, Vol. I, p. 130 ss. JORGE MIRANDA, enumera ainda a justiça, a paz civil, a promoção da cultura e a defesa do ambiente, referindo que as tarefas do Estado se têm expandido, em função «do alargamento das necessidades humanas, das pretensões de intervenção dos governantes e dos meios de que se podem dotar». Cf. *Teoria do Estado...* p. 336.

de todos os tempos<sup>752</sup>. ALBERTO AUGUSTO OLIVEIRA resumia-os ao fim de *conservação*, «por meio do qual [o Estado] assegura a sua integridade e conservação»<sup>753</sup>. Essa finalidade global seria depois desdobrada em fins concretos, «que representem objectivos específicos em que se traduza a ideia genérica de prossecução de bem comum»<sup>754</sup>.

Tradicionalmente, tem-se considerado que a imigração tem profundas implicações nos vários fins que ao Estado cabe prosseguir.

MARIA LUÍSA DUARTE refere que é em matéria do controlo da imigração que mais se faz sentir a prevalência dos «superiores interesses do Estado»<sup>755</sup>. E, de facto, são vários os autores que configuram o poder de regular a entrada e permanência de estrangeiros no território como uma decorrência natural da preservação dos *interesses* fundamentais dos Estados<sup>756</sup>. Interessante é a formulação de FOURLANOS que fala da implicação da imigração nos «direitos fundamentais do Estado»<sup>757</sup>, onde enquadra o direito à auto preservação, à independência, à igualdade, ao respeito e ao comércio internacional.

O poder de expulsão, em particular, tem sido apontado como representando a plenitude de uma competência soberana de conservação e salvaguarda dos *valores fundamentais* de uma comunidade política<sup>758</sup>. Nesse seguimento, CHARLES DE VISSCHER refere que as funções soberanas do Estado, em particular no quadro das suas competências territoriais, incluem um direito incontestável de expulsar os estrangeiros que, pelas suas atividades, comprometam a ordem e tranquilidades públicas<sup>759</sup>. Essa mesma finalidade foi reconhecida, entre nós, pelo Supremo Tribunal de Justiça, que afirmou que «a expulsão é uma medida de autodefesa da ordem jurídica, política, económica e social dos Estados»<sup>760</sup>.

Por seu turno, MICHAEL WALZER defende que «a restrição nas entradas serve para defender a liberdade e o bem-estar, assim como a política e a cultura de um grupo de pessoas comprometidas umas para com as outras e com a sua vida em comum»<sup>761</sup>.

Estas formulações podem ser todas reconduzidas à mesma ideia: a de que a imigração constitui um desafio aos fins que ao Estado incumbe prosseguir, e que tem alguma correspondência na fórmula usada e desenvolvida pela jurisprudência anglo-saxónica de finais do séc. XIX – a ideia de “auto preservação” da comunidade estadual<sup>762</sup>.

O conteúdo dos interesses estaduais que são postos em causa pela imigração varia quer no tempo, quer de um Estado a outro. Tem-se invocado, neste contexto, a influência da imigração em interesses como a segurança nacional, a ordem interna, a preservação dos valores fundamentais da sociedade de acolhimento, a promoção de laços culturais e

---

<sup>752</sup> DIOGO FREITAS DO AMARAL, “Estado”, p. 1142, JOÃO CARLOS SANTANA DA SILVA, “Estado”, p. 142.

<sup>753</sup> ALBERTO AUGUSTO OLIVEIRA, *Lições de Direito Administrativo...*, p. 8.

<sup>754</sup> DIOGO FREITAS DO AMARAL, “Estado”, p. 1142.

<sup>755</sup> MARIA LUÍSA DUARTE, *A Liberdade de circulação...*, p. 27.

<sup>756</sup> GUY S. GOODWIN-GILL, *International Law...*, p. 203.

<sup>757</sup> GERASSIMOS FOURLANOS, *Sovereignty and the Ingress...*, p. 49.

<sup>758</sup> MARIA LUÍSA DUARTE, *A Liberdade de circulação...*, p. 34.

<sup>759</sup> CHARLES DE VISSCHER, *Théories et Réalités...*, p. 545.

<sup>760</sup> Ac. de 10/12/2008, proc. n.º 08P2147.

<sup>761</sup> MICHAEL WALZER, *As Esferas da Justiça...*, p. 54.

<sup>762</sup> KARL DOEHRING, “Aliens, Admission...”, p.109.

históricos com outros países, a política externa, a promoção de equilíbrios ligados à economia, ao mercado de trabalho, à natalidade, entre outros<sup>763</sup>.

A ligação entre a imigração e a segurança nacional tem sido afirmada na História dos Estados ocidentais. Os EUA oferecem mais uma vez um exemplo ilustrativo. Nos finais do séc. XIX, a *Supreme Court* dos EUA fazia uma analogia entre a entrada de estrangeiros e uma invasão de tropas inimigas<sup>764</sup>. Mais tarde, os poderes em matéria de imigração foram uma das armas mais importantes na chamada *caça às bruxas*, no contexto da luta contra o comunismo da era McCarthy dos anos 50. Também as leis de imigração foram usadas para a expulsão de iraquianos e palestinianos nos inícios da Guerra do Golfo de 1991<sup>765</sup>. A ligação entre controlo da imigração e segurança nacional foi reforçada após os ataques de 11 de setembro de 2001, como se referiu *supra*<sup>766</sup>. Cabe mencionar, neste ponto, a resolução 1373 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, que veio requerer a todos os Estados a adoção de medidas de imigração destinadas a prevenir o terrorismo<sup>767</sup>. Por outro lado, também os debates da política de imigração da UE se têm debruçado sobre as questões de segurança e terrorismo<sup>768</sup>.

Existe ainda a ideia de que a imigração constitui um desafio à manutenção da ordem interna, à segurança de pessoas e bens. Alguns autores referem, inclusivamente, que a interligação entre *ius includendi et excludendi* e a salvaguarda da segurança nacional e ordem pública se afigura como uma regra de natureza simultaneamente convencional e costumeira<sup>769</sup>. Neste contexto encontra-se por vezes generalizada a ideia de que a imigração pode trazer outros modelos de criminalidade, violência e perturbação da ordem<sup>770</sup>. Os Estados pretenderiam guardar discricionariedade para excluir os indivíduos potencialmente perturbadores da referida ordem pública e, por outro lado, para poderem afastar os que consubstanciassem uma ameaça para a mesma. Assim, generalizou-se a ideia de que assegurar a segurança interna e externa dos cidadãos pressupunha reservar o poder dos Estados recusarem a entrada e residência dos estrangeiros “perturbadores”.

Tem-se invocado ainda que a imigração constitui um desafio ao conjunto de valores basilares da sociedade de acolhimento, pela introdução na mesma de membros de outras

---

<sup>763</sup> LAURA MIRAUT MARTÍN, “Los Objetivos de las Políticas...”, p. 334. Na doutrina tripartida dos fins do Estado, os mesmos podem ser reconduzidos ao fim da manutenção da segurança que, nas palavras de JORGE BACELAR GOUVEIA, possui uma dimensão externa (no sentido defesa contra as entidades agressoras) e uma dimensão interna (destinada à manutenção da ordem pública, da segurança de pessoas e bens, e na prevenção e repressão de danos de bens sociais). Cf. *Manual de Direito Constitucional...* Vol. I, p. 143 e ss.

<sup>764</sup> *Chae Chang Ping v. United States*, 130 U.S. 581 (1889). Esta qualificação é hoje amplamente criticada pela doutrina norte-americana, que refere que a política de imigração é pautada principalmente por razões internas e que as limitações nos direitos dos imigrantes dizem respeito à relação entre o Governo e os estrangeiros tomados individualmente, e não às relações entre Governos entre si. Assim, STEPHEN LEGOMSKY, “Immigration Law...”, p. 261, ALEXANDER ALEINIKOFF, “Citizens, Aliens...”, p. 12, GERALD L. NEUMAN, *Strangers to the Constitution...*, p. 137.

<sup>765</sup> DANIEL MOECKLI, *Human Rights and Non-Discrimination...*, p. 167.

<sup>766</sup> V. Capítulo II, ponto 6.2. da presente Parte.

<sup>767</sup> Resolução do Conselho de Segurança 1373, de 28 de setembro de 2001, UN Doc S/RES/1373 (2001). A resolução insta os Estados a providenciar controlos fronteiriços e controlos de documentos efetivos. Por outro lado, insta os Estados a não conceder asilo a pessoas envolvidas em atos de terrorismo.

<sup>768</sup> Assim, já na década passada, ANTÓNIO VITORINO, “Perspetivas de Futuro para a União Europeia...”, p. 986.

<sup>769</sup> ANNE LISE DUCROQUETZ, *L'Expulsion des Étrangers...*, p. 75.

<sup>770</sup> MARIA IOANNIS BAGANHA & JOSÉ CARLOS MARQUES, *Imigração e Política...*, CATHERINE DAUVERGNE, *Making People Illegal...*

sociedades, que consigo trazem elementos culturais estranhos<sup>771</sup>. Neste seguimento, MICHAEL WALZER defende que a existência de poderes de controlo sobre quem pode ser membro da comunidade é essencial para a própria *coesão social*, referindo que «derrubar os muros do Estado não é (...) criar um Estado sem muros, é antes criar mil pequenas fortalezas»<sup>772</sup>. Trata-se aqui, em suma, de um objetivo defensivo contra elementos estranhos a um comunidade tradicional com determinada história e costumes. As imigrações contemporâneas têm constituído um desafio neste contexto. De facto, já não estão confinadas a países pertencentes ao mesmo horizonte cultural, e já não são tendencialmente temporárias como ocorria até meados do séc. XX<sup>773</sup>. Face aos novos fenómenos migratórios, os Estados cada vez mais pretendem defender a sua identidade. Assim, pretendem preservar a liberdade no que toca, por exemplo, a decidir qual o conceito de família que deve vigorar na sociedade e, por isso, quais as regras relativas ao reagrupamento familiar<sup>774</sup>. Por outro lado, pretendem manter ainda discricionariedade para poderem favorecer a imigração vinda de certos países com os quais mantêm laços históricos e culturais privilegiados<sup>775</sup>.

Por fim, a imigração constituiria um desafio ao Estado Social, que se generalizou após a Constituição de Weimar de 1919. O Estado passou a ter como tarefa a promoção do bem-estar económico, através da «provisão de bens que o mercado não pode fornecer ou não pode fornecer satisfatoriamente», bem como o bem-estar social, através da «prestação de serviços sociais e culturais a cargo do Estado, normalmente desinseridos do mercado»<sup>776</sup>. O atual Estado social assume diversas tarefas destinadas a garantir um nível mínimo de bem-estar, através da garantia de saúde, habitação, ensino, cultura, e ainda da proteção da pessoa nas diversas situações de risco social<sup>777</sup>. Ora, o fim de promoção do bem-estar reclama tarefas estaduais cuja prossecução implica o gasto de recursos económicos e financeiros. Em alguns países, como Portugal, a integração dos estrangeiros é inclusivamente considerada uma das

---

<sup>771</sup> Sobre a questão da introdução de elementos culturais estranhos nas sociedades através da imigração, v., ANTÓNIO CLUNY, “Multiculturalismo, Interculturalismo e Imigração...”, p. 103 e ss., PATRÍCIA JERÓNIMO, “Imigração e minorias...”, p. 18 e ss., MARIA BENEDITA URBANO, “Globalização: Os Direitos Fundamentais...”, p. 1041 e ss. Numa perspetiva da europeia, v. DOMENICO D’ORSOGNA, “Cultural Diversity...”, p. 407 e ss., ANA RITA GIL, “O Reconhecimento de Efeitos...”, e, sobre a questão da dicotomia pluralismo cultural *vs.* identidade nacional, v. STEPHEN CASTLES & MARK J. MILLER, *The Age of Migration...*, p. 272 e ss., GALLYA LAHAV, *Immigration and Politics...*, p. 159 e ss.

<sup>772</sup> MICHAEL WALZER, *As Esferas da Justiça...*, p. 53.

<sup>773</sup> LIAV ORGAD, “‘Cultural Defence’...”, p. 721.

<sup>774</sup> Neste contexto, tem-se afirmado que a forma como o Estado regula a imigração familiar é um aspeto revelador da sua auto conceção de identidade. Assim, HELEN TONER, “Immigration Law and Family Life...”, p. 199 e STEPHEN LEGOMSKY, “Rationing Family Values...”, p. 808. Também ELSPETH GUILD refere que o facto de o Estado privilegiar, na regulamentação do direito ao reagrupamento familiar, determinadas relações familiares em detrimento de outras, é revelador de um determinado conceito de identidade, face ao papel da família enquanto centro de transmissão de valores e tradições. Cf. *The Legal Elements...*, p. 95.

<sup>775</sup> CATHERINE DAUVERGNE, *Humanitarianism...*, p. 5.

<sup>776</sup> JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional...*, Vol. I, p. 132.

<sup>777</sup> Na CRP, as tarefas do Estado encontram-se previstas no art. 9.º, bem como no catálogo dos direitos económicos, sociais e culturais. Sobre o princípio constitucional do Estado Social, v., entre outros, WOLFGANG ABENDROTH, *El Estado Social...*, JORGE MIRANDA, *Teoria do Estado...* p. 80 e ss., BEATRIZ GONZÁLEZ MORENO, *El Estado Social...*, JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional...*, Vol. II, p. 952 e ss.

tarefas estaduais<sup>778</sup>, de forma a evitar clivagens sociais, económicas e culturais que possam ser tidas como conflituosas<sup>779</sup>.

Sendo escassos os recursos, as capacidades de acolhimento de novos elementos da população são limitadas. Daí que os Estados pretendam manter discricionariedade no que toca ao número de estrangeiros que podem entrar no território, e ainda no que toca ao perfil desses estrangeiros, com o objetivo de adaptar quer um quer outro aos recursos disponíveis a cada momento e à sua capacidade para garantir o referido bem-estar social a todos os que residam no território<sup>780</sup>.

Por outro lado, é ainda tida em consideração a influência que a entrada de pessoas no território pode ter no mercado de trabalho nacional<sup>781</sup>. Nos últimos tempos, este interesse tem revisto um peso acrescido, devido à crise económica e de emprego, que tem levado a uma atitude generalizada de – mais do que gestão – verdadeiro *combate* aos fluxos migratórios<sup>782</sup>.

É, enfim, pelo facto de a imigração ter profundas influências em todos os fins, tarefas, ou interesses estaduais mencionados, que se tem qualificado o controlo da mesma como uma área extremamente *politizada* do Direito<sup>783</sup>.

Os fins que referimos correspondem apenas àqueles que mais correntemente são assumidos pelos governos, bem como àqueles que correspondem às preocupações da opinião pública em matéria de imigração. Mas o interesse dos Estados em controlar os movimentos migratórios pode visar objetivos mais vastos. Num artigo de 2012, STEPHEN LEGOMSKY expõe os vários pontos que devem estar presentes num programa nacional de política de imigração<sup>784</sup>. Esses pontos são um bom exemplo dos diversos aspetos da política nacional que são tocados pela imigração. Assim, para o autor, o Estado deve analisar o

---

<sup>778</sup> Assim, a criação do Alto Comissariado para as Migrações, que tem como missão colaborar na conceção, execução e avaliação das políticas públicas destinadas à integração dos imigrantes. Cf. Decreto-Lei n.º 167/2007 de 3 de maio. Sobre este ponto, v. PATRÍCIA JERÓNIMO, “Imigração e minorias...”, p. 20 e ss. Sobre a integração de imigrantes em Portugal v. JORGE GASPAR, “A Autorização de permanência...”, p. 967 e ss.

<sup>779</sup> STEPHEN CASTLES & MARK J. MILLER, *The Age of Migration...*, p. 264. Interessante neste ponto é a doutrina de ANUSCHEH FARAHAT, que refere que, ao invés de «integração», o discurso do respeito pelos direitos humanos coaduna-se melhor com a ideia de «inclusão». Cf. “We want you! But...”, p. 705.

<sup>780</sup> Nesse sentido, MARIA IOANNIS BAGANHA & JOSÉ CARLOS MARQUES, *Imigração e Política...*, p. 8 e ss, GALLYA LAHAV, *Immigration and Politics...*, p. 164. Sobre a ligação entre política de imigração e Estado Social v., ainda, GARY P. FREEMAN, “Migration and the Political Economy...”, p. 51 e ss., VIRGINE GUIRAUDON, “Including Foreigners in National Welfare States...”, p. 129 e ss. e, da mesma autora, “Jeux d’ombre...”, p. 757 e ss., AA.VV., *Immigration and Welfare...*, WILLIAM WALTERS, “Deportation, Expulsion...”, p. 279, JUAN JOSÉ DOLADO, “Los Nuevos Fenómenos Migratorios...”, p. 182 e ss. Sobre a problemática em Portugal, v. HELENA RATO, “A regularização dos imigrantes...”, p. 106 e ss., EDUARDO DE SOUSA FERREIRA, HELENA RATO, MARIA JOÃO MORTÁGUA, *Viagens de Ulisses: Efeitos da imigração...*, PEDRO DUARTE SILVA, *A proteção social da população migrante: quadro legal...*, JOÃO CARVALHO, *A Política de Imigração...*, p. 27.

<sup>781</sup> Assim, WILLIAM WALTERS, “Deportation, Expulsion...”, p. 279. Assim, a título de exemplo, as várias leis anti-imigração, assentes na necessidade de proteção do mercado de trabalho nacional, que fomos dando conta no Capítulo II da presente Parte.

<sup>782</sup> Assim, MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, “A Europa e o «Estrangeiro» ...”, p. 39. Para uma análise detalhada da interligação entre o emprego e o tratamento da imigração, v. GALLYA LAHAV, *Immigration and Politics...*, p. 190 e ss., JUAN JOSÉ DOLADO, “Los Nuevos Fenómenos Migratorios...”, p. 176 e ss. e, entre nós, JORGE GASPAR, “A Autorização de permanência...”, p. 964.

<sup>783</sup> CATHERINE DAUVERGNE refere inclusivamente que as leis de imigração são *manipuladas* para prosseguir os interesses dos Estados. Cf. *Humanitarianism...*, p. 53.

<sup>784</sup> STEPHEN LEGOMSKY, “Immigration policy from Scratch...”, p. 340 e ss.

impacto da imigração nos números referentes à população, tendo em conta a prioridade de cada momento (já que, em certos momentos se pode pretender aumentar esse número e, noutros, manter o *statuts quo*<sup>785</sup>). O Estado deve ter em conta as suas capacidades de acolhimento, bem como as suas necessidades, revestindo nesse contexto particular importância a escolha das prioridades em matéria de imigração laboral<sup>786</sup>. Deve também considerar o impacto da imigração na economia nacional, os seus efeitos nos preços dos bens de consumo e na industrialização. Relevam ainda os efeitos da imigração na cultura dominante, no que toca a saber se se pretende manter uma determinada cultura tradicional ou promover a diversidade cultural<sup>787</sup>. Neste ponto, o Estado tem de optar, por exemplo, por uma conceção de família, uma vez que esta varia de Estado a Estado<sup>788</sup>. Por outro lado, são ainda relevantes os laços históricos ou culturais que o Estado possui com determinados países<sup>789</sup>. O autor reconhece ainda que é necessário ter presente a política de cidadania, uma vez que a mesma é inseparável da política de imigração<sup>790</sup>. Finalmente, há que decidir quais os motivos que podem justificar a exclusão de determinados estrangeiros da comunidade. De uma forma geral, esses fatores relacionam-se com a criminalidade, segurança nacional, falta de autossuficiência financeira, ameaça à saúde pública e fraude às regras de imigração<sup>791</sup>.

JOÃO CARVALHO resume todos estes aspetos a duas opções centrais: quantos imigrantes quer o Estado receber; e que perfil devem os mesmos possuir<sup>792</sup>.

É, pois, para manter a mais ampla liberdade de regulação na arquitetura das políticas de imigração que os Estados evitam ao máximo vincular-se juridicamente nesta matéria, seja no âmbito da construção de uma política europeia comum de imigração, seja através do reconhecimento de um direito geral à imigração nos instrumentos internacionais e nas suas constituições.

### 3. A DEFESA DE UM DIREITO GERAL DE IMIGRAÇÃO

Uma parte menos representativa da doutrina contemporânea defende a tese diametralmente oposta – a do reconhecimento de um *direito geral à imigração*. Alguns adotam uma perspetiva juspositiva, defendendo que um direito à imigração deriva da proteção do

---

<sup>785</sup> Estas variarão em função das taxas de mortalidade e de fertilidade da população pré-existente, bem como as correspondentes da população migrante. *Idem*, p. 341 e p. 345.

<sup>786</sup> STEPHEN LEGOMSKY, *idem*, p. 348. Neste ponto, os Estados podem optar por adotar medidas de proteção do mercado de trabalho concedendo prioridades aos trabalhadores nacionais. O autor sublinha que, muitas vezes, o que mais releva não é tanto saber «quanto imigrantes», mas mais propriamente «que imigrantes» se prende acolher.

<sup>787</sup> STEPHEN LEGOMSKY, *idem*, p. 342. Neste ponto, o autor sublinha também que a política de imigração revelará a auto conceção do Estado no que respeita aos valores fundamentais da comunidade.

<sup>788</sup> STEPHEN LEGOMSKY, *idem*, p. 346. Sobre o impacto das políticas de reagrupamento familiar v. o estudo do CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS, *Impacto das Políticas de Reagrupamento Familiar em Portugal*.

<sup>789</sup> STEPHEN LEGOMSKY, *idem*, p. 355.

<sup>790</sup> *Idem*, p. 342.

<sup>791</sup> *Idem*, p. 358.

<sup>792</sup> JOÃO CARVALHO, *A Política de Imigração...*, p. 20. O autor procede ainda a uma qualificação dos vários tipos de políticas de imigração, em função da maior ou menor abertura, maior ou menor discricionariedade estadual, do caráter seletivo das mesmas, entre outros critérios.

direito à *emigração*, ou, mais amplamente, do *direito geral à liberdade de movimentos*<sup>793</sup>. GIANLUCA BRAGA retoma a construção da Antiguidade do *ius incolatus*, para defender que os interesses estaduais subjacentes à afirmação do *ius includendi et excludendi* se podem compadecer com a concessão de um direito de entrada e de permanência, de que os estrangeiros seriam beneficiários *prima facie*, podendo embora os Estados restringi-los para salvaguardar os interesses públicos que lhes incumbe prosseguir<sup>794</sup>. Outros autores reconhecem que semelhante direito não deriva ainda do estágio atual de desenvolvimento do direito, mas defendem, de *iure condendo*, a proteção do mesmo.

Começando pelos primeiros, a maior parte dos autores em causa defende que um direito à imigração seria uma consequência do direito a *emigrar*, ou ainda, dos próprios fundamentos do direito a *emigrar*<sup>795</sup>. LUIGI FERRAJOLI defende que o art. 13.º da DUDH comporta não só a proibição de os Estados negarem a emigração, mas ainda a proibição, para a comunidade internacional, de *impedir a imigração* e o correlativo dever, do Estado de destino, de *acolher o estrangeiro*. O autor considera que as atuais leis de controlo da imigração são ilegítimas, e que a falta de previsão de uma obrigação de acolhimento de estrangeiros deve ser considerada uma lacuna dos atuais instrumentos internacionais<sup>796</sup>. ANN DUMMET retira também de vários direitos positivados a proteção de um direito a *imigrar*: do direito de liberdade de circulação dentro do Estado, do direito a entrar no país da nacionalidade e, por fim, do direito a *emigrar*. A autora refere que o direito a *emigrar* fica esvaziado de sentido se não se reconhecer um paralelo direito de *imigrar*<sup>797</sup>.

Por seu turno, JEAN-YVES CARLIER defende a abolição progressiva dos vistos de entrada. O autor refere que, apesar da exigência de visto poder ancorar-se em fins legítimos, ela não constitui um meio *proporcional* para atingir esses fins<sup>798</sup>.

Outros autores, reconhecendo embora que não decorre do direito positivo o reconhecimento de um direito geral à imigração, defendem a consagração da ideia de uma liberdade de movimentos geral<sup>799</sup>.

VINCENT CHÉTAIL fala de um *divórcio* entre o conceito de liberdade de movimentos e suas implicações jurídicas. Para o autor, o exercício do direito de liberdade de movimentos implica naturalmente dois Estados, tendo-se limitado artificialmente o mesmo apenas ao Estado de origem<sup>800</sup>.

Outros autores recorrem a argumentos de filosofia moral e política. A teoria de JOSEPH CARENS é neste ponto paradigmática. O autor refere que a liberdade de movimento é um

---

<sup>793</sup> São diversos os autores que defendem várias formas e graus de liberdade de movimentos. Ilustrando essas várias posições doutrinárias, JAMES A.R. NAFZIGER, “The General Admission...”, p. 829 e ss.

<sup>794</sup> GIANLUCA BRAGA, “Il «diritto clandestino»...”, p. 45.

<sup>795</sup> Assim, CECILIA CORSI, que considera que o direito a *imigrar* decorre do direito ao desenvolvimento da personalidade, da proteção da dignidade da pessoa humana, e mesmo do direito à liberdade e segurança, protegidos no art. 9.º do PIDCP. Cf. “Diritti Fondamentali e Cittadinanza...”, p. 798.

<sup>796</sup> LUIGI FERRAJOLI, *Diritti Fondamentali* ..., p. 152.

<sup>797</sup> “The Transnational Migration...”, p. 173.

<sup>798</sup> Cf. “L’Europe et les Étrangers...”, p. 272. O autor refere, em particular, que, poderiam ser usados outros meios para o controlo da imigração, já que a abolição dos vistos não acarretaria um aumento exponencial da imigração duradoura, favorecendo pelo contrário as entradas e saídas temporárias.

<sup>799</sup> Para uma visão dos vários movimentos cívicos que se formaram com o objetivo de defender a abolição de fronteiras e de controlos migratórios, desde o movimento dos «*Sans Papiers*», que surgiu em meados da década de 90, ao mais recente movimento «*No One is Illegal*», v. ANNA BLUS, “Beyond the Walls of Paper...”, p. 428.

<sup>800</sup> VINCENT CHÉTAIL, “Freedom of Movement...”, p. 59.

direito fundamental numa sociedade liberal, já que permite a igualdade de oportunidades<sup>801</sup>. Um direito à imigração derivaria assim, do princípio da igualdade. Noutro escrito, defende que um direito à imigração derivaria ainda do princípio da liberdade. O autor analisa e afasta os argumentos tradicionalmente invocados para restringir a imigração, defendendo que os mesmos (motivos económicos ou a preservação da história ou cultura tradicionais) não revestem peso suficiente em relação à liberdade. Conclui assim que as restrições à imigração não são legítimas<sup>802</sup>. Por outro lado, reforça esta tese com argumentos referentes à deficiente legitimidade democrática das leis de imigração. O autor refere que os destinatários das leis referentes ao controlo da imigração não se encontram adequadamente representados na feitura das mesmas. Por outro lado, quem está representado não se encontra numa posição legítima, uma vez que o seu poder resulta de uma atribuição arbitrária, por força de critérios como o local de nascimento ou a ascendência<sup>803</sup>.

Em sentido semelhante, JAVIER DE LUCAS refere que o não reconhecimento de um direito a imigrar é incoerente com a conceção liberal que está na origem da doutrina dos direitos humanos. O direito de autonomia pessoal envolveria o direito de deslocação livre, de forma a realizar um projeto de vida próprio, o que implicaria não só o direito a emigrar, mas também o direito a imigrar<sup>804</sup>. Mais. O autor refere que a dicotomia *homem-cidadão* é uma das limitações da conceção moderna dos direitos humanos, na medida em que tem como consequência a «institucionalização da exclusão»<sup>805</sup>. Relacionada com esta última linha de raciocínio vai ainda a doutrina de GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, ancorada no princípio da universalidade dos direitos humanos e na proibição da discriminação. O autor refere que as distinções de tratamento entre nacionais e estrangeiros no que toca à liberdade de circulação e residência não possuem um fundamento racional<sup>806</sup>. Assim, o direito positivo não espelharia adequadamente a filosofia dos direitos humanos, assente no universalismo, enquanto não desaparecessem todas as distinções entre nacionais e estrangeiros, incluindo as relativas à liberdade de circulação internacional. LUIGI FERRAJOLI, por seu turno, considera que um direito à imigração não foi reconhecido numa fase liberal do constitucionalismo, em que interessava principalmente afirmar os direitos políticos e as liberdades negativas, mas que já não faz sentido afastá-lo numa época em que as constituições e os textos internacionais de proteção dos direitos humanos garantem inúmeros direitos a ações positivas dos Estados, e que são independentes de uma concreta cidadania<sup>807</sup>.

Outros autores ancoram a apologia do fim dos controlos fronteiriços na ideia de proibição de discriminação, referindo que os mesmos são, *a se*, discriminatórios<sup>808</sup>. Esta é, de certa forma, a posição de AYELET SHACHAR, que defende que a atribuição de um direito a residir num determinado território por força do local de nascimento ou da ascendência é tão arbitrária como a escolha de critérios como a raça, o género ou a cor da pele<sup>809</sup>. Assim, alguns

---

<sup>801</sup> JOSEPH CARENS, “Migration and Morality...”, p. 25.

<sup>802</sup> JOSEPH CARENS, “Aliens and Citizens...”, p. 240.

<sup>803</sup> JOSEPH CARENS, “Aliens and Citizens...”, p. 242.

<sup>804</sup> JAVIER DE LUCAS, “El Marco Jurídico...”, p. 41.

<sup>805</sup> JAVIER DE LUCAS, *El desafío de las fronteras...*, p. 117 e ss. em sentido semelhante, v. também, PAUL A. PASSAVANT, “The Paradox of Human Rights”, p. 137 e ss.

<sup>806</sup> GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos Fundamentales...*, p. 433.

<sup>807</sup> LUIGI FERRAJOLI, *Diritti Fondamentali ...*, p. 26.

<sup>808</sup> Assim, TERESA HAYTER, *Open Borders...*, p. 21, MIRKO BAGARIC & JOHN MORSS, “State Sovereignty and Migration Control...”, p. 27.

<sup>809</sup> AYELET SHACHAR, “Earned Citizenship...”, p. 1 e ss.



autores recuperam a ideia kantiana da hospitalidade para defenderem uma ideia de cosmopolitismo moral, segundo a qual todos teriam direito a permanecer no território do Estado onde se procurassem acolher<sup>810</sup>.

Por fim, alguns autores optam por uma abordagem mais pragmática, defendendo que, na prática, não obstante a criação de leis cada vez mais restritivas, ou de controlos mais reforçados, as pessoas continuarão a imigrar, como o sempre fizeram ao longo da história, pelo que é inútil a manutenção de controlos e políticas migratórias<sup>811</sup>.

Não obstante, e apesar da apologia de um direito à imigração poder fundamentar-se nos mais legítimos argumentos de *iure condendo*, o facto é que atualmente não se pode falar do reconhecimento de um direito geral à imigração, como já se analisou.

Desde logo, esse direito não decorreria do direito à emigração. Para justificar o facto de a imigração e a emigração serem «moralmente assimétricas», MICHAEL WALZER usa a analogia da associação<sup>812</sup>. Essa analogia é retomada por RAINER BAUBÖCK, que refere que as associações voluntárias normalmente permitem que os seus membros saiam das mesmas, mas não admitem necessariamente que qualquer pessoa que o deseje possa livremente tornar-se membro das mesmas<sup>813</sup>. No mesmo sentido, GERALD NEUMAN defende que a liberdade de movimentos não é um conceito uniforme, existindo diferentes formas dessa liberdade, com diferentes graus de proteção. Assim, não se poderia colocar no mesmo pé de igualdade a liberdade de movimentos dentro de um país, a liberdade de sair do país e a liberdade de entrar num país de eleição. A liberdade de viagem internacional dos estrangeiros apenas poderia ser qualificada como um *interesse de liberdade*, sujeito a regulação razoável<sup>814</sup>.

Também ALAN DOWTY<sup>815</sup> e RICHARD PLENDER<sup>816</sup> referem que o direito a deixar um país não implica, na ausência de quaisquer obrigações derivadas de tratado, o direito a imigrar para outro país.

E se é de afastar a ideia de que um direito geral à imigração derivaria do direito positivo, parece-nos que a sua defesa de *iure condendo* se confronta também com alguns obstáculos. De facto, o reconhecimento de um direito à imigração teria como correlativo um *dever* do Estado de eleição do estrangeiro de aceitar a entrada e permanência no território. Isso equivaleria ao fim do *ius includendi et excludendi*<sup>817</sup>, que, como vimos, se encontra alicerçado em fundamentos intimamente ligados aos próprios conceitos de Estado e de nacionalidade. A sua negação obrigaria a repensar, por isso, esses conceitos, tal como são conhecidos atualmente<sup>818</sup>. É certo que os mesmos, em particular o de “Estado”, têm sofrido evoluções recentes, com a chamada

---

<sup>810</sup> Sobre este ponto, v. GONÇALO SARAIVA MATIAS, *Migrações e Cidadania...*, p. 68.

<sup>811</sup> BRIDGET ANDERSON, NANDITA SHARMA, & CYNTHIA WRIGHT, “Why No Borders?...”, p. 10. Os autores interligam ainda este facto com a denúncia de uma contradição inerente a uma dupla atitude dos Estados em relação à imigração ilegal, que, por um lado, tenta combatê-la através do reforço das fronteiras, mas que, por outro se aproveita da mão de obra barata que a mesma proporciona.

<sup>812</sup> *As Esferas da Justiça...*, p. 54.

<sup>813</sup> *Transnational Citizenship...*, p. 325.

<sup>814</sup> GERALD L. NEUMAN, *Strangers to the Constitution...*, p. 126.

<sup>815</sup> *Closed Borders...*, p. 14.

<sup>816</sup> RICHARD PLENDER, “Human Rights of Aliens...”, p. 43.

<sup>817</sup> No mesmo sentido, FRANCO BILE, *El Tribunal Constitucional...*, p. 3.

<sup>818</sup> Nesse sentido, MICHAEL BADER, refere que distinção entre direitos humanos e direitos de cidadania apenas faria sentido ser abolida «*in a single world-state*». Cf. “Citizenship of the Union...”, p. 161.

globalização e emergência das mais variadas formas de organizações supranacionais<sup>819</sup>. No entanto, o mundo continua dividido entre Estados soberanos, figura essa que tem sido resistente aos desafios do mundo de hoje<sup>820</sup>. A figura do Estado e da cidadania nacional são, pois, ainda uma dimensão fundamental do direito internacional e do direito interno, que o reconhecimento de um direito geral de imigração implicaria reconsiderar. Ora, a crítica e superação da doutrina tradicional que pretendemos levar a cabo na presente dissertação não pretende debruçar-se sobre essa problematização, mas sim demonstrar que o reconhecimento de direitos à imigração pode ser feita dentro do quadro do reconhecimento do *ius includendi et excludendi*, nos termos do percurso a seguir iremos expor.

#### **4. A AFIRMAÇÃO DE LIMITES AO *IUS INCLUDENDI ET EXCLUDENDI* ATRAVÉS DO RESPEITO PELOS DIREITOS HUMANOS DOS ESTRANGEIROS**

Numa perspectiva de conciliação com o direito positivo, partiremos do reconhecimento do *ius includendi et excludendi*. De facto, como se viu, nenhum ramo do direito pertinente reconhece um direito de livremente entrar e de permanecer no território a todos os estrangeiros, como se fossem cidadãos. Ora, não se pretende discutir esse estado de coisas. Pretendemos partir do direito positivo, e demonstrar que, através das formas de proteção já concedidas pelo mesmo, se pode reconhecer, em determinados casos, verdadeiros direitos de imigração, com a inerente limitação dos poderes de soberania do *ius includendi et excludendi*.

Essas limitações não derivam, hoje, porém, dos tradicionais argumentos de solidariedade e comunicação interestaduais. Elas alicerçam-se no reconhecimento do estrangeiro como sujeito de direitos em Estados que não o da sua nacionalidade, quer no plano jusinternacional, quer no plano jusconstitucional. A nossa perspectiva parte, pois, da conciliação do reconhecimento do *ius includendi et excludendi* com o reconhecimento do estrangeiro como sujeito de direitos humanos e fundamentais. Daí derivará a superação da doutrina tradicional, através da afirmação de que, em alguns casos, os estrangeiros são titulares de direitos fundamentais de imigração. A Parte II, que se segue, destinar-se-á, precisamente, a analisar o reconhecimento, por parte das fontes de direito pertinentes, do estrangeiro enquanto sujeito de direitos humanos e sujeito de direitos fundamentais, premissa essencial para o reconhecimento de direitos humanos (e fundamentais) de imigração.

---

<sup>819</sup> Neste contexto, tem-se apontado que o modelo de soberania emergente da Paz de Vestefália entrou em crise com o fenómeno da globalização, da internacionalização e da integração interestadual. Cf. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 90.

<sup>820</sup> Cf. JÓNATAS MACHADO, *Direito Internacional...*, p. 155 e ss.

## **PARTE II**

### **O RECONHECIMENTO DO ESTRANGEIRO COMO SUJEITO DE DIREITOS NO DIREITO POSITIVO**

O nosso entendimento acerca do reconhecimento de possíveis direitos fundamentais de imigração parte de dois pressupostos: em primeiro lugar, de que os instrumentos normativos que constituem o âmbito de análise da nossa dissertação não preveem um direito geral de livre imigração, como vimos na Parte I, e em segundo lugar, que todos eles reconhecem o estrangeiro enquanto sujeito de direitos em Estados que não o da sua nacionalidade. Na Parte II tencionamos precisamente estudar de que forma os ramos do direito que constituem o objeto do nosso estudo reconhecem o estrangeiro como sujeito de direitos. Esse reconhecimento parte da consagração de dois princípios-chave: do princípio da universalidade dos direitos e do princípio da proibição da discriminação.

Importa, assim, analisar, de acordo com a metodologia exposta nas considerações prévias, as respostas dos vários instrumentos jurídicos a estes aspetos, começando no direito internacional público (Capítulo I), passando pelo direito da União Europeia (Capítulo II) e, terminando, por fim, na Constituição da República Portuguesa, interpretada à luz dos instrumentos internacionais pertinentes, ponto em que iremos também fazer referência a alguma jurisprudência constitucional estrangeira (Capítulo III).

No último capítulo, analisaremos alguns problemas respeitantes à conciliação entre os dois pressupostos referidos: a afirmação de que o estrangeiro é titular de direitos, por um lado, e a negação do reconhecimento geral de um direito à imigração, por outro (Capítulo IV). Veremos que essa conciliação passa pela consideração de que, apesar de não beneficiar de um direito geral à imigração, o estrangeiro é titular de outros direitos humanos, os quais devem ser respeitados pelas autoridades estaduais em todas as circunstâncias, incluindo em matéria de imigração.

## CAPÍTULO I

### A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS DO ESTRANGEIRO

Apesar da falta de reconhecimento de um direito à imigração *proprio sensu*, a ligação entre o direito internacional e o *reconhecimento de direitos aos estrangeiros* é antiga. A própria expressão “direito internacional”, vulgarizada por JEREMY BENTHAM em 1780, é herdeira da fórmula latina *ius gentium* traduzida mais tarde por *direito das gentes*. Visava, na sua origem, como já se teve oportunidade de referir, um direito principalmente jurisprudencial destinado a estabelecer, de acordo com a equidade, regras aplicáveis às relações entre estrangeiros, por oposição ao *ius civile*, reservado aos cidadãos<sup>821</sup>.

Alguns autores referem, neste contexto, que os direitos dos estrangeiros foram um “laboratório” da evolução do direito internacional<sup>822</sup>. Assim, ROTH escrevia em 1949: «Whereas the influence of international law on the treatment of nationals is restricted to a negligible minimum, it has a far greater bearing upon the situation of the alien and is in reality an efficacious command to the receiving States»<sup>823</sup>.

A ligação entre a condição dos estrangeiros e o direito internacional sofreu as evoluções que neste ramo do direito se têm feito sentir ao longo da História<sup>824</sup>. Se inicialmente ele assentava em mecanismos de proteção predominantemente interestaduais (1), com a afirmação dos direitos humanos no pós IIª Guerra Mundial, passou a centrar-se na proteção dos direitos do estrangeiro enquanto indivíduo (2).

---

<sup>821</sup> Cf. Parte I, Capítulo I, ponto 1. Para uma análise da génese do conceito de direito internacional, desde o *ius gentium* até à contemporaneidade, v. ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA & FAUSTO DE QUADROS, *Manual...*, p. 19 ss.

<sup>822</sup> VINCENT CHETAIL, “Migration...”, p. 23 e JEAN-FRANÇOIS FLAUSS, “L’Étranger, entre Souveraineté...”, p. 45.

<sup>823</sup> ANDREAS HANS ROTH, *Minimum Standard...*, p. 35.

<sup>824</sup> Sobre a evolução do direito internacional, v. ALBINO DE AZEVEDO SOARES, *Lições...*, p. 43 e ss., ANTONIO TRUYOL Y SERRA, *Historia del derecho internacional público...*, ANTONIO CASSESE, *International Law...*, p. 256 e ss., JÓNATAS MACHADO, *Direito Internacional...*, JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Internacional...*, p. 95 e ss. Note-se que a divisão que usamos é apenas relevante para os efeitos do presente trabalho, não devendo ser tida como uma tomada de posição sobre as fases evolutivas do direito internacional público.

## 1. A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO ESTRANGEIRO NO DIREITO INTERNACIONAL INTERESTADUAL: DOS TRATADOS BILATERAIS À PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA

### 1.1. OS TRATADOS BILATERAIS

Nos finais da Idade Média já havia meios internacionais de proteção dos estrangeiros. Eram principalmente dois os métodos de proteção usados: a garantia de privilégios, nos casos das comunidades mercantis, e o sistema de cartas de represália, conferidas pelos soberanos dos estrangeiros que haviam sofrido prejuízos noutros territórios. Esta segunda via teve um grande impacto no direito internacional, já que deu origem ao instituto mais tarde conhecido como *proteção diplomática*<sup>825</sup>.

No séc. XVI, os emergentes Estados-Nação começaram a estar mais intimamente ligados à supervisão e proteção das atividades dos seus cidadãos no estrangeiro, por razões económicas, políticas, mas também humanitárias<sup>826</sup>. A partir do séc. XVIII multiplicaram-se os tratados bilaterais de proteção e facilitação da circulação dos nacionais de ambas as partes. Inicialmente, os referidos tratados eram pouco justos, em particular em relação aos nacionais de países não ocidentais<sup>827</sup>. Mas mais tarde, e já imbuídos das ideias humanitárias do Iluminismo, tornaram-se mais equitativos, chegando a promover, de certa forma, uma generalização do princípio da equiparação dos direitos dos estrangeiros aos dos nacionais<sup>828</sup>. Estes tratados bilaterais eram celebrados entre os soberanos, sendo os estrangeiros como que terceiros beneficiários<sup>829</sup>. Eles asseguravam direitos recíprocos para os nacionais que viviam no território de uma ou de outra das partes, e asseguravam a proteção da pessoa e propriedade dos nacionais de cada um. Por vezes previam ainda o direito de os nacionais se estabelecerem de forma permanente no território, de desenvolverem atividade comercial e artesanal, de acesso aos tribunais, de liberdade de circulação, de religião, e de proteção contra taxas discriminatórias<sup>830</sup>. Através deles estabeleciam-se, por exemplo, cláusulas que outorgavam aos estrangeiros os mesmos direitos dos nacionais – cláusula da reciprocidade ou do tratamento nacional – ou concediam-se automaticamente aos nacionais de outro Estado parte os direitos que se tinham outorgado aos nacionais de um terceiro Estado (cláusula da nação mais favorecida)<sup>831</sup>.

Foi também a partir do final do séc. XVIII que foram instituídas algumas *claims commissions* destinadas à resolução de controvérsias entre os Estados relativas à proteção dos respetivos cidadãos, que inauguraram a era da arbitragem internacional<sup>832</sup>. O desenvolvimento da jurisprudência arbitral permitiu, por seu turno, o aprofundar dos princípios relativos à

---

<sup>825</sup> RICHARD LILICH, *The Human Rights of Aliens...*, p. 8.

<sup>826</sup> MARIA LUÍSA DUARTE, *A Liberdade de circulação...*, p. 23.

<sup>827</sup> DAVID WEISSBRODT, *The Human Rights of Non Citizens...*, p. 28.

<sup>828</sup> MARIA LUÍSA DUARTE, *A Liberdade de circulação...*, p. 24 e DAVID WEISSBRODT, *The Human Rights of Non Citizens...*, p. 29.

<sup>829</sup> RICHARD LILICH, *The Human Rights of Aliens...*, p. 17 e ss.

<sup>830</sup> DAVID WEISSBRODT, *The Human Rights of Non Citizens...*, p. 29.

<sup>831</sup> JOSÉ B. ACOSTA ESTÉVEZ, “El Principio de la Dignidad...”, p. 102.

<sup>832</sup> CECILIA CORSI, *Lo Stato e lo Straniero...*, p. 50.

proteção dos estrangeiros, fazendo surgir alguns princípios gerais relativos à responsabilidade do Estado por danos provocados aos estrangeiros<sup>833</sup>.

No séc. XIX generalizaram-se os tratados de amizade, comércio e navegação, que conferiam vários direitos e privilégios aos nacionais dos Estados-Parte que exercessem comércio no território de outros. Semelhantes tratados garantiam a proteção da pessoa e propriedade dos nacionais de outros Estados-Parte e garantiam um direito de livre passagem nos territórios<sup>834</sup>. Estes tratados continuaram a fazer carreira durante o decurso dos sécs. XIX e XX<sup>835</sup>. Eles contribuíram para o desenvolvimento de normas costumeiras de direito internacional, que acabaram por influenciar também os Estados que não eram parte dos mesmos<sup>836</sup>.

## 1.2. O INSTITUTO DA PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA

Na falta de tratados gerais sobre o assunto, o direito internacional tradicional não deixava de se interessar pela condição dos estrangeiros. Porém, tratava o estrangeiro de maneira consistente com as suas premissas básicas – a condição do mesmo derivava da relação entre Estados, de um encontro de soberanias: de um lado, a soberania territorial do Estado onde o estrangeiro se encontrava, e de outro, a soberania de população do Estado do qual ele era nacional. Assim, no território de acolhimento, o estrangeiro encarnava a soberania do Estado da sua nacionalidade<sup>837</sup>. Por outro lado, a sua condição estava ligada à questão mais geral da responsabilidade internacional do Estado.

Destas duas premissas derivava a asserção de que, se um Estado causasse prejuízo a um estrangeiro, esse prejuízo era tido como prejuízo para o Estado da nacionalidade desse indivíduo. Assim referia EMMERICH DE Vattel: «*Quiconque maltraite un Citoyen offend indirectement l'État, qui doit protéger ce Citoyen*»<sup>838</sup>.

A evolução do tratamento dos estrangeiros no contexto do paradigma do direito internacional clássico desenrolou-se até ao ponto em que se reconheceu *o direito do Estado* a proteger os seus nacionais no estrangeiro – que encontra a sua origem na doutrina de Vattel

---

<sup>833</sup> *Idem*, p. 51.

<sup>834</sup> Sobre os vários direitos conferidos por estes tratados, v. MANUEL DIEZ VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional...*, p. 630. Eles incluíam o direito de segurança de pessoas e bens, de livre exercício de comércio e profissão, livre aquisição de bens móveis e imóveis, de não expropriação, de exceção de serviço militar, de aplicação da lei nacional em matéria de família e sucessões. Nos tratados mais modernos, previam-se já direitos relativos a segurança social, liberdade de estabelecimento, prevenção de dupla tributação fiscal, etc.

<sup>835</sup> Alguns dos tratados bilaterais negociados no séc. XX destinaram-se ao recrutamento de trabalhadores entre os Estados-Parte. Muitos deles conferem direitos de igualdade no que toca a condições de trabalho, benefícios sociais, acesso à saúde, direitos coletivos de trabalho, entre outros. Para um estudo detalhado dos mesmos, v. RICHARD LILLICH, *The Human Rights of Aliens...*, p. 104 e ss.

<sup>836</sup> BRUNO NASCIBENE, *Il Trattamento dello Straniero...*, p. 25, RICHARD LILLICH, *The Human Rights of Aliens...*, p. 119.

<sup>837</sup> VINCENT CHETAIL, “Migration...”, p. 36.

<sup>838</sup> Cf. *Le Droit des Gens...*, p. 309. Tratava-se daquilo que se tornou conhecido como a “ficção de Vattel”. Assim, RICHARD LILLICH, *The Human Rights of Aliens...*, p. 1. Não obstante, alguns autores sugerem que esta passagem não dizia respeito ao tratamento dos estrangeiros pelas autoridades estaduais, mas apenas pelos privados. Cf. CARMEN TIBURCIO, *The Human Rights...*, p. 35.

plasmada no tratado clássico *Le Droit des Gens*, de 1758. Esse direito foi a origem do instituto da proteção diplomática<sup>839</sup>.

A proteção diplomática<sup>840</sup> era considerada uma limitação à soberania territorial do Estado onde o estrangeiro se encontrava. O seu fundamento residia na proteção da soberania subjetiva do Estado da nacionalidade do estrangeiro<sup>841</sup>.

Para receber proteção através deste instituto, o estrangeiro prejudicado necessitava de possuir uma ligação – a nacionalidade – com o Estado que iria intervir em sua defesa. Os estrangeiros que não possuíssem qualquer nacionalidade – os apátridas – não podiam beneficiar do mesmo. Por outro lado, o Estado da nacionalidade era o único responsável para decidir *se e de que forma* pretendia proteger os seus nacionais. Assim, a simples nacionalidade de um determinado Estado nem sempre assegurava ao estrangeiro a proteção diplomática<sup>842</sup>, já que este era considerado um poder discricionário do Estado<sup>843</sup>. De facto, apesar de a titularidade do direito à proteção diplomática ser um assunto largamente discutido, a maior parte dos autores defende tratar-se de um direito do Estado perante outros Estados na esfera internacional<sup>844</sup>. Esse entendimento foi confirmado pelo Tribunal Permanente de Justiça no caso *Mavrommatis*<sup>845</sup>, de onde ressalta que o exercício da proteção diplomática é totalmente discricionário, pelo que o Estado não está obrigado, perante o direito internacional, a fazer uso da proteção diplomática quando um dos seus nacionais o reclama. Daí que alguns autores sublinhem que o instituto é menos um mecanismo de proteção dos direitos do indivíduo que um sistema de regulação das relações interestaduais<sup>846</sup>.

Não obstante, o direito internacional não se desinteressou do tratamento que os Estados de acolhimento deviam dar aos estrangeiros. Na falta de tratado, era necessário definir o que se podia entender como tratamento injusto que acarretasse a responsabilidade dos Estados e o conseqüente recurso à proteção diplomática. Reclamou-se, assim, do direito internacional

---

<sup>839</sup> A responsabilidade do Estado por ofensas cometidas contra estrangeiros foi, por sua vez, desenvolvida como um ramo separado do direito internacional em 1916, com o Tratado de BORCHARD, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*.

<sup>840</sup> O art. 1.º do projeto da Comissão de Direito Internacional respeitante à Proteção Diplomática define “proteção diplomática” da seguinte forma: «*diplomatic protection consists of resort to diplomatic action or other means of peaceful settlement by a State adopting in its own right the cause of its national in respect of an injury to that national arising from an internationally wrongful act of another State*». Cf. INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Report on the work of the fifty-sixth session* (2004), p. 17. Entre nós, para um estudo do instituto, v. MARISA CAETANO FERRÃO, “A Protecção Diplomática...”.

<sup>841</sup> CARMEN TIBURCIO, *The Human Rights...*, p. 37.

<sup>842</sup> As condições de exercício da proteção diplomática são várias: tem de ser exercida pelo Estado da nacionalidade do indivíduo prejudicado, tem de ter existido um prejuízo provocado pelo Estado onde o estrangeiro se encontra, e o estrangeiro tem de esgotar todos os meios de defesa internos existentes no Estado que provocou o dano. Para mais desenvolvimentos, v. CARMEN TIBURCIO, *The Human Rights...*, p. 37. ss.

<sup>843</sup> VINCENT CHÉTAIL, “Migration...”, p. 38. A evolução do instituto da proteção diplomática afastou-se assim, neste ponto, da criação de VATTEL, que, como se viu *supra*, referia ser dever do Estado defender o indivíduo.

<sup>844</sup> O Tribunal Internacional de Justiça já confirmou a natureza discricionária da proteção diplomática no caso *Barcelona Traction, Light and Power Company*: «*A State may exercise diplomatic protection by whatever means and to whatever extent it thinks fit, for it is its own right that the State is asserting*». Cf. Dec. de 10/04/1961, *Barcelona Traction, Light and Power Company*, (Bélgica c. Espanha), I.C.J. Reports 1961, p.9. Nesse sentido, v. ainda OPPENHEIM: «*(...) as far as the Law of Nations is concerned, no duty incumbent upon a State to exercise its protection over its citizens abroad. The matter is absolutely in the discretion of every State, and no citizen abroad has by International Law a right to demand protection from his home State*». L. OPPENHEIM, *International Law...*, p. 546.

<sup>845</sup> Dec. de 30/08/1924, *Mavrommatis Palestine Concessions case*.

<sup>846</sup> FRÉDÉRIC SUDRE, *Droit Européen...*, p. 27.



que fixasse um conteúdo ao tratamento exigido aos estrangeiros pelo Estado de acolhimento. Nesse seguimento, surgiram duas teses: a do tratamento internacional mínimo e a do tratamento nacional.

### 1.2.1. A doutrina do tratamento internacional mínimo

A tese do tratamento internacional mínimo, apelidada de mais progressista<sup>847</sup>, revestiu diferentes designações, como por exemplo “mínimo de direito internacional”<sup>848</sup>, “*standard* de civilização”, “*standard* de justiça civilizada”<sup>849</sup>, entre outras.

As origens desta teoria encontram-se nas práticas dos Estados economicamente mais poderosos, que estavam interessados em garantir os direitos dos seus nacionais no estrangeiro, independentemente das particularidades dos países de acolhimento<sup>850</sup>. De acordo com a mesma, cada Estado teria obrigação de garantir aos estrangeiros um tratamento mínimo, resultante do costume internacional e de princípios gerais de direito. Se o Estado de acolhimento tratasse o estrangeiro abaixo desse nível mínimo, incorreria em responsabilidade<sup>851</sup>. Esse *standard* deveria vincular todos os Estados, independentemente do seu nível de civilização e do tratamento concedido aos próprios nacionais<sup>852</sup>. Tratava-se, nas palavras de IAN BROWNLIE, de estabelecer «um critério moral para os Estados civilizados»<sup>853</sup>.

Assim, de acordo com esta doutrina, o direito internacional determinava um conjunto mínimo de direitos que todos os países deviam garantir aos estrangeiros. A dificuldade estava em determinar o conteúdo desses direitos mínimos<sup>854</sup>. BORCHARD considerava que os mesmos deviam corresponder a determinados direitos fundamentais – a que usualmente se chamava «*rights of man*» - partilhados por todos os Estados que fossem parte da comunidade internacional<sup>855</sup>. ROTH, por seu turno, referia que o *standard* mínimo era expressão do nível de tratamento comum que as nações civilizadas conferiam aos estrangeiros<sup>856</sup>. VERDROSS fala em direitos que emanam da dignidade humana<sup>857</sup>. BRIERLY, na sequência de alguma

---

<sup>847</sup> ANDREAS HANS ROTH, *Minimum Standard...*, p. 61.

<sup>848</sup> ALFRED VERDROSS, *Derecho Internacional Publico...*, p. 288.

<sup>849</sup> EDWIN M. BORCHARD, *The Diplomatic Protection...*, p. 106.

<sup>850</sup> GUY S. GOODWIN-GILL, *International Law...*, p. 58.

<sup>851</sup> EDWIN M. BORCHARD, *The Diplomatic Protection...*, p. 39.

<sup>852</sup> Ilustrativo é o exemplo dado por OPPENHEIM: «*Corrupt administration of the law against natives is no excuse for the same against aliens*». Cf. *International Law...*, p. 548.

<sup>853</sup> IAN BROWNLIE, *Princípios...*, p. 549.

<sup>854</sup> ANDREAS HANS ROTH, *Minimum Standard...*, p. 120 e DIANA ELLES, *International Provisions...*, p. 3, BRUNO NASCIBENE, *Il Trattamento dello Straniero...*, p. 30.

<sup>855</sup> EDWIN M. BORCHARD, *The Diplomatic Protection...*, p. 12.

<sup>856</sup> O autor referia não ser necessário o reconhecimento universal desses direitos por parte de todos os Estados civilizados. Cf. ANDREAS HANS ROTH, *Minimum Standard...*, p. 87.

<sup>857</sup> ALFRED VERDROSS, *Derecho Internacional Publico...*, p. 289. O autor enumera os seguintes direitos: o direito a ser reconhecido como sujeito de direito, o respeito pelos direitos privados adquiridos, os direitos essenciais de liberdade, o direito a aceder a procedimentos judiciais e a proteção contra delitos que ameacem a vida, liberdade, propriedade e honra dos estrangeiros.

jurisprudência arbitral, refere o critério do «Estado razoável», entendido segundo «as ideias aceites na civilização moderna»<sup>858</sup>.

Contemporaneamente, alguns autores têm tentado enumerar os direitos que se englobam no *standard* mínimo de proteção. RAINER ARNOLD indica os seguintes: o reconhecimento de personalidade jurídica, a proibição de tratamentos desumanos, a garantia de procedimentos justos nos casos de detenção, o direito de acesso a um tribunal, a proteção da vida e da liberdade contra ações criminosas, a proibição de confisco dos bens e o direito a uma indemnização equitativa em caso de expropriação<sup>859</sup>. Por seu turno, ANTONIO CASSESSE refere que este *standard* incluiria o direito de os estrangeiros não serem discriminados, o direito ao respeito pela sua vida e propriedade, o direito a não serem sujeitos a expulsões coletivas ou expulsões baseadas em motivos ligados à raça, religião, origem nacional ou étnica<sup>860</sup>.

Esta doutrina reconhecia, pois, que era o direito internacional, e não o direito interno, que determinava o tratamento a conceder aos estrangeiros. A aplicação da mesma podia implicar que o nível de tratamento exigido para os estrangeiros pudesse ser, em determinados casos, superior ao que os Estados reservavam para os seus próprios nacionais. O facto de os estrangeiros poderem ser mais bem tratados que os nacionais relevava do seu estatuto específico, que decorria do direito internacional, enquanto os nacionais apenas teriam o estatuto regulado pelo direito interno<sup>861</sup>.

A teoria do tratamento internacional mínimo deixou um legado muito importante – ela contribuiu para garantir que o estrangeiro goza de um mínimo de direitos, independentemente do local onde se encontre, e que os critérios acerca do tratamento dos estrangeiros derivam diretamente do direito internacional, independentemente do que a lei interna dispuser sobre a matéria. Expressiva, nesse sentido, é a formulação de FIORE: “*L’uomo, a qualunque razza appartenga, qualunque sia il suo grado di cultura e il suo colorito, e tanto che viva in associazione politica, quanto che conduca una vita nomade, non perde el diritto della personalità umana, che ad esso spettano secondo il Diritto Internazionale*”<sup>862</sup>. Assim, vários autores referem que esta teoria constituiu a primeira manifestação de proteção internacional dos direitos humanos<sup>863</sup>.

Uma das questões que se debateu neste ponto foi a de saber se se incluía no mínimo nacional a obrigação de os Estados tratarem os estrangeiros de forma igual aos nacionais.

---

<sup>858</sup> J.L. BRIERLY, *Direito Internacional...*, p. 282.

<sup>859</sup> RAINER ARNOLD, “Aliens”, p. 105. V. ainda, em sentido semelhante, JOSÉ B. ACOSTA ESTÉVEZ, “El Principio de la Dignidad...”, p. 103 e MANUEL DIEZ VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional...*, p. 629.

<sup>860</sup> Cf. *International Law...*, p. 120 e ss.

<sup>861</sup> Este facto levava alguns autores a referir que o estrangeiro beneficiava de uma posição privilegiada. Assim, ANDREAS HANS ROTH, *Minimum Standard...*, p. 50, ALFRED VERDROSS, *Derecho Internacional Publico...*, p. 288, J.L. BRIERLY, *Direito Internacional...*, p. 280. Este último autor referia inclusivamente que os Estados quando negociavam entre si tratados de comércio e estabelecimento não podiam renunciar aos direitos mínimos dos estrangeiros, pelo que apenas poderiam estipular um nível de proteção superior. É curioso observar que esta situação não foi ainda eliminada – tenhamos presente, desde logo, os casos de chamada “discriminação inversa” entre o nacionais de Estados-Membros da UE que não exercem o direito de livre circulação e que, por isso, apenas estão sujeitos às leis internas do Estados na nacionalidade, e os nacionais de Estado-Membros que exercem esse direito e que, por isso, estão sujeitos ao Direito da UE, que pode prever normas mais favoráveis que as internas.

<sup>862</sup> PASQUALE FIORE, *Il Diritto Internazionale...*, p. 311.

<sup>863</sup> JEAN-FRANÇOIS FLAUSS, “L’Étranger, entre Souveraineté...”, p. 45.

Para responder a essa e outras preocupações, surgiu uma segunda doutrina respeitante ao tratamento do estrangeiro – a doutrina do tratamento nacional.

### 1.2.2. A doutrina do tratamento nacional

A doutrina do tratamento nacional foi desenvolvida pelos países da América Latina, desejosos de encorajar a imigração e investimentos nos finais do séc. XIX<sup>864</sup>. Nesse sentido, prometiam aos estrangeiros igualdade de tratamento com os nacionais, quer a nível de direitos civis, quer a nível de direitos económicos. De acordo com esta doutrina, os estrangeiros deviam desfrutar dos mesmos direitos que os nacionais, ou, por outras palavras, o estrangeiro devia ser *assimilado* ao nacional.

Na verdade, porém, a teoria do tratamento nacional acabou por se revelar mais restritiva. Ao ser garantida igualdade de tratamento, o Estado de acolhimento cumpria as suas obrigações internacionais, pelo que seria apenas em caso de desigualdade que incorreria em responsabilidade internacional<sup>865</sup>. Ainda assim, eram admitidas certas exceções, determinadas por lei, ao tratamento nacional, como os direitos políticos.

O principal fundamento desta doutrina ancorava-se no respeito pela soberania territorial do Estado de acolhimento, à qual o estrangeiro se havia submetido<sup>866</sup>. Invocava-se um princípio de acordo com o qual o indivíduo que entrasse voluntariamente no território de um Estado que não o da nacionalidade aceitava o tratamento que o mesmo concedia aos seus nacionais<sup>867</sup>. Finalmente, considerava-se ser contrário ao princípio da igualdade a concessão de um estatuto especial ao estrangeiro, que podia ser mais favorável que o garantido aos nacionais<sup>868</sup>.

Ora, ao postular que o tratamento dos estrangeiros dependia do tratamento que os Estados dispensavam aos próprios nacionais, esta doutrina implicava que, ao fim e ao cabo, não houvesse um *standard* universal de tratamento dos estrangeiros, mas apenas vários *standards* nacionais que cada Estado estabelecia unilateralmente<sup>869</sup>. Tratava-se de uma doutrina que, no fundo, visava respeitar a conceção de soberania absoluta do Estado – o Estado escapava à responsabilidade internacional invocando a sua lei interna<sup>870</sup>. Assim, ela compadecia-se mal com o princípio de que os Estados não podem invocar a lei interna de forma a evitar as suas obrigações internacionais<sup>871</sup>. Para além disso, deixava o estrangeiro à mercê do Estado de acolhimento, totalmente desprotegido face ao direito internacional, e não podendo sequer beneficiar da proteção do seu próprio Estado<sup>872</sup>. Para além disso,

---

<sup>864</sup> Um dos principais defensores foi M. ALVAREZ, na sua obra *Le Droit International Américain*, de 1910, bem como CALVO. V. CARLOS CALVO, *Le Droit International...*, p. 231 e ss.

<sup>865</sup> ANDREAS HANS ROTH, *Minimum Standard...*, p. 62, RICHARD LILICH, *The Human Rights of Aliens...*, p. 17.

<sup>866</sup> ANDREAS HANS ROTH, *Minimum Standard...*, p. 65.

<sup>867</sup> DIANA ELLES, *International Provisions...*, p. 3.

<sup>868</sup> ANDREAS HANS ROTH, *Minimum Standard...*, p. 64 e IAN BROWNLIE, *Princípios...*, p. 549.

<sup>869</sup> ANDREAS HANS ROTH, *idem*, p. 114 e RICHARD LILICH, *The Human Rights of Aliens...*, p. 17.

<sup>870</sup> ANDREAS HANS ROTH referia que o seu objetivo não era, assim, proteger o estrangeiro, mas sim o Estado. Cf. *idem*, p. 117. V. ainda, GUY S. GOODWIN-GILL, *International Law...*, p. 59.

<sup>871</sup> GUY S. GOODWIN-GILL, *International Law...*, p. 59.

<sup>872</sup> J.L. BRIERLY, *Direito Internacional...*, p. 280. Outro não era, de resto, o sentido da «cláusula Calvo», pela qual o estrangeiro declarava renunciar à proteção do seu Estado.

acabava por não estabelecer um princípio de plena igualdade de tratamento, já que apenas se garantia a igualdade de direitos civis<sup>873</sup>.

### 1.2.3. Desenvolvimentos posteriores

Não foi pacífico o entendimento sobre qual das doutrinas se devia adotar para efeitos de se fundar a responsabilidade internacional dos Estados e se ativar o mecanismo da proteção diplomática. Em 1930, na XV Reunião do 3º Comité da Conferência da Haia para a codificação do direito internacional, em que um dos temas abordados foi a responsabilidade dos Estados por danos causados no seu território à pessoa ou propriedade dos estrangeiros, os Estados encontravam-se profundamente divididos<sup>874</sup>. O mesmo se diga das divergências ocorridas no seio do Instituto de Direito Internacional<sup>875</sup>. A doutrina do tratamento tradicional teve o apoio de algumas decisões arbitrais<sup>876</sup>. O princípio do tratamento internacional mínimo não deixou, porém, de ser o mais amplamente sufragado pela doutrina e jurisprudência internacionais<sup>877</sup>. O mesmo foi ainda generalizado em vários tratados<sup>878</sup>. Esta generalização da doutrina do tratamento mínimo permitiu desenvolver um conjunto de regras essenciais que foram ganhando corpo sob a designação de “direitos fundamentais do estrangeiro”. Para além disso, fez surgir a ideia de imposição de limites à liberdade dos Estados no que toca ao tratamento dos estrangeiros, em atenção ao respeito da pessoa humana<sup>879</sup>. Assim, contribuiu-se para a generalização da ideia de que o reconhecimento de um grau mínimo de proteção dos estrangeiros é um princípio imposto pelo costume internacional geral<sup>880</sup>.

É em atenção aos desenvolvimentos propiciados pela teoria do *standard* mínimo internacional que se defende que o direito dos estrangeiros constituiu um “laboratório” conceptual e normativo dos direitos humanos, já que se apoia na ideia de que cada ser humano possui certos direitos inalienáveis independentemente da nacionalidade<sup>881</sup>. De facto, no plano internacional, a afirmação dos direitos dos estrangeiros precedeu a dos direitos

---

<sup>873</sup> A doutrina refere, assim, que o próprio nome da teoria era enganador. Assim, ANDREAS HANS ROTH, *Minimum Standard...*, p. 116. Para mais críticas sobre este aspeto, v. CARMEN TIBURCIO, *The Human Rights...*, p. 45.

<sup>874</sup> Nesta reunião visava-se codificar alguns princípios internacionais vigentes. Para uma lista detalhada das posições dos Estados nesta matéria, v. ALBINO DE AZEVEDO SOARES, *Lições...*, p. 291.

<sup>875</sup> Para uma análise das várias tentativas de codificação, v. CARMEN TIBURCIO, *The Human Rights...*, p. 53 e ss.

<sup>876</sup> Para uma enumeração das mesmas, v. IAN BROWNLIE, *Princípios...*, p. 549.

<sup>877</sup> A título de exemplo, veja-se a decisão da General Claims Commission Mexico-United States, Harry Roberts case: «*Facts with respect to equality of treatment of aliens and nationals may be important in determining the merits of a complaint of mistreating of an alien. But such equality is not the ultimate test of the propriety of acts of authorities in the light of international law. That test is, broadly speaking, whether aliens are treated in accordance with ordinary standards of civilization*». Cf. General Claims Commission Mexico-United States, *Harry Roberts case*, 1926, Reports of the International Arbitral Awards, vol. IV, United Nations, 2006, p. 77-81

<sup>878</sup> Para várias referências, v. ANDREAS HANS ROTH, *Minimum Standard...*, p. 99 e ss.

<sup>879</sup> BRUNO NASCIMBENE, *Il Trattamento dello Straniero...*, p. 32.

<sup>880</sup> FAUSTO DE QUADROS, *A Protecção da Propriedade Privada...*, p. 132.

<sup>881</sup> MARIA LUÍSA DUARTE, refere ser o mesmo um “barómetro” do estado de evolução da própria sociedade internacional. Cf. *A Liberdade de circulação...*, p. 21. V., ainda, SYLVIE SAROLEA, *Droits de l'Homme...*, p. 49, VINCENT CHETAIL, “Migration...”, p. 44, JEAN-FRANÇOIS FLAUSS, “L’Étranger, entre Souveraineté...”, p. 45.

humanos, já que se começou por garantir o direito a um certo mínimo de tratamento aos estrangeiros, nada se referindo em relação aos nacionais.

É certo que o direito a um tratamento mínimo para efeitos do uso da proteção diplomática era um mecanismo com algumas insuficiências. Desde logo, se o estrangeiro podia esperar um certo nível mínimo de tratamento, não era porque esse direito lhe fosse diretamente conferido pelo direito internacional, mas sim porque este conferia ao seu Estado a prerrogativa de exercer proteção dos nacionais<sup>882</sup>. Isto, porque no contexto do paradigma clássico do direito internacional interestadual, não se reconhecia ainda direitos diretamente ao indivíduo. Para além disso, o sistema interestadual não protegia todos os estrangeiros, já que os apátridas ficavam totalmente de fora dos mecanismos de proteção existentes, por não terem um Estado ao qual se pudessem dirigir. A mudança deste estado de coisas só viria a ocorrer com a negociação de vários instrumentos destinados à proteção dos direitos humanos<sup>883</sup>.

## 2. O ESTRANGEIRO COMO SUJEITO DE DIREITOS NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Se os direitos dos estrangeiros já eram um assunto central do chamado direito internacional clássico, o surgimento do direito internacional dos direitos humanos veio provocar uma verdadeira revolução na matéria, lançando as bases para se reconhecer o estrangeiro – tal como o *indivíduo*, em geral – como *verdadeiro sujeito de direitos* (2.1.). O âmbito de aplicação dos novos instrumentos de direito internacional, alicerçados em princípios como o da universalidade (2.2.) ou da proibição da discriminação (2.3.) vieram permitir a afirmação e reconhecimento desse estatuto do estrangeiro, como pessoa dotada de direitos, em qualquer parte do mundo. Por fim, surgiram ainda instrumentos destinados especificamente a proteger os direitos dos estrangeiros (2.4.), bem como organismos criados para monitorizar a sua situação (2.5.), o que veio contribuir para a consciencialização das particularidades do estatuto dos mesmos.

### 2.1. O SURGIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

De acordo com a conceção clássica do direito internacional, a questão dos direitos humanos era da competência exclusiva dos Estados, e o indivíduo era encarado como simples “objeto” das disposições de direito internacional. O surgimento do direito internacional dos direitos humanos permitiu ultrapassar esse entendimento.

Essa evolução fez-se sentir a dois níveis: primeiro, para alguns autores, ela veio lançar uma nova luz sobre a querela relativa ao conteúdo do instituto da proteção diplomática no que toca a danos provocados a estrangeiros (2.1.1.). Em segundo lugar, e mais importante, estes instrumentos vieram garantir diretamente determinados direitos a todas as pessoas, fazendo

---

<sup>882</sup> Assim sublinhou o Tribunal Permanente de Justiça: «*By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings, on his behalf, a State is in reality asserting its own rights*». Dec. de 30/08/1924, *Mavrommatis Palestine Concessions case*.

<sup>883</sup> Note-se, porém, que o surgimento de um direito internacional de proteção dos direitos humanos não substitui o princípio do tratamento mínimo, já que assenta fundamentalmente em bases convencionais. Sobre este ponto, v. JEAN COMBACAU & SERGE SUR, *Droit International Public...*, p. 376.

com que os estrangeiros pudessem, assim, ser considerados beneficiários diretos dos mesmos (2.1.2.).

### 2.1.1. O novo entendimento do nível de proteção dos estrangeiros no contexto da proteção diplomática.

No que toca ao primeiro ponto, alguns autores referem que as declarações e convenções de proteção dos direitos humanos vieram codificar os direitos que já constituíam o nível de tratamento mínimo internacional reconhecido aos estrangeiros<sup>884</sup>. Neste contexto, GARCÍA-AMADOR, relator da comissão de direito internacional sobre a questão da responsabilidade dos Estados, considerou que a oposição entre o princípio do tratamento nacional e do tratamento mínimo internacional se havia tornado obsoleta, já que os novos desenvolvimentos do direito internacional haviam feito uma síntese entre estas duas teorias. O relator tentou demonstrar essa síntese, defendendo que os instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos exigiam uma proteção igual para estrangeiros e nacionais e que respeitasse o tratamento mínimo internacional<sup>885</sup>. No seu segundo relatório apresentou um projeto de capítulo sobre violação dos direitos humanos, cujo primeiro artigo propugnava: «*The State is under a duty to ensure to aliens the enjoyment of the same civil rights, and to make available to them the same individual guarantees as are enjoyed by its own nationals. These rights and guarantees shall not, however, in any case be less than the “fundamental human rights” recognized and defined in contemporary international instruments*»<sup>886</sup>. Alguns autores apoiam as conclusões de GARCÍA-AMADOR, considerando que, com o surgimento dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, as duas teorias relativas ao tratamento dos estrangeiros foram sintetizadas através da estipulação de um *standard* universal, que devia beneficiar os nacionais e os estrangeiros da mesma forma<sup>887</sup>.

Não obstante, o relatório de GARCÍA-AMADOR recebeu mais críticas que consenso. Uma das mais seguidas punha em causa a equiparação entre os direitos humanos reconhecidos pelos instrumentos internacionais e o mínimo de direitos a reconhecer a estrangeiros para efeitos de exercício da proteção diplomática, referindo não haver um consenso suficientemente amplo no que toca aos primeiros para que consubstanciassem critério deste último<sup>888</sup>. Em conformidade, FAUSTO DE QUADROS refere que uma coisa é o direito internacional que vincula o Estado de acolhimento, e outra a delimitação do mínimo de proteção que todos os Estado devem reconhecer aos estrangeiros. Para o autor, este último corresponde aos princípios de *ius cogens* hoje em vigor<sup>889</sup>. Seria esse o conteúdo do tratamento mínimo nacional, uniforme para todos os Estados, pois a todos vincularia para além de

---

<sup>884</sup> DIANA ELLES, *International Provisions...*, p. 6.

<sup>885</sup> F. V. GARCÍA AMADOR, L.B., SOHN & R.R. BAXTER, *Recent Codifications...*

<sup>886</sup> F. V. GARCÍA AMADOR, *International responsibility...*, p. 112.

<sup>887</sup> DIANA ELLES, *International Provisions...*, p. 4, ANTONIO CASSESE, *International Law...*, p. 122.

<sup>888</sup> Sobre esta querela, v. BRUNO NASCIBENE, *Il Trattamento dello Straniero...*, p. 189.

<sup>889</sup> FAUSTO DE QUADROS, *A Proteção da Propriedade Privada...*, p.140. O autor considera integrarem tais princípios de *ius cogens* os seguintes direitos: direito à personalidade e à capacidade jurídicas, direito à vida, à liberdade, à integridade física e à segurança pessoal, a proibição do genocídio, a proibição de discriminação, o direito ao “*due process of law*”, o direito a não ser sujeito a tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes, o direito a não ser arbitrariamente detido, preso, exilado ou extraditado e o direito à reparação dos danos causados por violação destes direitos.

tratado<sup>890</sup>. Por seu turno, CASSESSE refere que os instrumentos internacionais não absorveram de forma total as normas consuetudinárias tradicionais relativas ao tratamento dos estrangeiros<sup>891</sup>. Já VINCENT CHÉTAIL defende que o direito internacional dos direitos humanos constitui uma síntese entre as duas concepções tradicionais relativas ao tratamento dos estrangeiros<sup>892</sup>.

Ora, a maior parte instrumentos de proteção dos direitos humanos consagra garantias que vão para além desse patamar mínimo. Assim, se o direito internacional que vincula o respetivo Estado em matéria dos direitos humanos tiver um conteúdo mais amplo que o do mínimo internacional, isso significa que o estrangeiro estará mais protegido por esse Estado do que é imposto pela teoria do mínimo internacional<sup>893</sup>.

E, de facto, devido à evolução do direito internacional dos direitos humanos, são cada vez mais os Estados que reconhecem aos estrangeiros um grau de proteção que ultrapassa as exigências do mínimo internacional<sup>894</sup>. Portugal é exemplo disso. Não só é parte em tratados que estabelecem uma proteção mais ampla dos direitos humanos, como a Constituição ainda impõe que os direitos fundamentais por ela garantidos sejam interpretados à luz dos desenvolvimentos desses instrumentos. O tratamento garantido aos estrangeiros na nossa ordem interna é por isso superior ao tratamento internacional mínimo.

Assim, mais do que analisar qual o conteúdo do tratamento mínimo internacional de que os estrangeiros beneficiam de acordo com a respetiva doutrina, importa estudar os contributos que os instrumentos de proteção internacional trazem para o nosso ordenamento. São eles que ilustram o sentido dos direitos fundamentais a reconhecer na nossa ordem jurídica, e por isso é principalmente sobre eles que deve incidir a nossa dissertação.

Assim, centremo-nos no segundo aspeto, referente à evolução que a assinatura dos textos de proteção dos direitos humanos após a IIª Grande Guerra veio implicar no direito internacional, que passou a reconhecer direitos diretamente ao “indivíduo”.

---

<sup>890</sup> É certo que dos alguns direitos plasmados nos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos se converteram já em princípios de *ius cogens*, pelo que, mesmo os Estados que não sejam parte desses Tratados, os devem respeitar. *Ius cogens* significa literalmente “direito cogente”. Esse tipo de normas é expressamente reconhecido pelo art. 53.º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, que determina que é nulo todo o tratado que, no momento da sua conclusão, seja incompatível com uma norma imperativa de direito internacional geral. Uma norma desse tipo é definida como «uma norma aceite e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu todo como norma cuja derrogação não é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral com a mesma natureza». Acerca da natureza das normas de *ius cogens*, v. EDUARDO CORREIA BATISTA, *Ius Cogens em Direito Internacional...*, ANTÓNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, *O Direito Internacional...*, p. 1089 e ss. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Direito Internacional...*, p. 92 ss. Sobre a importância das normas de *ius cogens* para a proteção dos direitos humanos dos estrangeiros, v. VINCENT CHÉTAIL, “The Transnational Movement of Persons...”, p. 9.

<sup>891</sup> ANTONIO CASSESSE, *International Law...*, p. 123.

<sup>892</sup> VINCENT CHÉTAIL, “The Transnational Movement of Persons...”, p. 64.

<sup>893</sup> FAUSTO DE QUADROS, *A Proteção da Propriedade Privada...*, p. 139.

<sup>894</sup> FAUSTO DE QUADROS, *A Proteção da Propriedade Privada...*, p. 145.

### 2.1.2. A “humanização” do direito internacional

Mais do que uma evolução, a assinatura das várias convenções destinadas à proteção dos direitos humanos veio implicar uma *revolução* no direito internacional.

Com a assinatura desses tratados, o direito internacional evoluiu de um direito interestadual, elaborado em função dos interesses dos Estados, para um direito destinado a assegurar, em nome dos valores comuns e superiores ao Estado, a proteção dos direitos do indivíduo<sup>895</sup>. Neste contexto, são ilustrativas as palavras do TEDH quando refere que, contrariamente aos tratados bilaterais do direito internacional clássico, assentes na simples reciprocidade entre Estados contratantes, a CEDH cria obrigações objetivas que beneficiam de uma garantia coletiva<sup>896</sup>. E, de facto, os tratados de proteção dos direitos humanos passaram a plasmar obrigações perante a comunidade internacional no seu conjunto, e, por isso, com efeitos *erga omnes*<sup>897</sup>, muitas vezes acompanhadas por mecanismos destinados ao controlo do respeito pelos mesmos<sup>898</sup>.

Em segundo lugar, e como afirma PECES-BARBA MARTÍNEZ, contrariamente ao que sucedia no direito internacional clássico, no direito internacional contemporâneo teve lugar um processo de «humanização»<sup>899</sup>, através da afirmação da titularidade e da garantia de direitos próprios do ser humano. O último beneficiário das convenções assinadas passou a ser o *indivíduo*, através da atribuição a este último de posições subjetivas. As referidas obrigações assumidas pelos Estados, com efeitos *erga omnes*, passaram a consistir, precisamente, na necessidade de observância e respeito dessas posições.

Por outro lado, a proteção internacional dos direitos humanos representou ainda uma evolução face ao instituto da proteção diplomática: o indivíduo, independentemente da nacionalidade, adquiriu um *status* que o transformou, de simples “lesado”, em verdadeiro “sujeito de direitos”<sup>900</sup>, deixando de estar dependente do Estado da sua nacionalidade para assegurar o respeito pelos seus direitos. De facto, o Estado deixou de ter o monopólio no que toca à proteção das pessoas sujeitas à sua jurisdição - quer os nacionais, quer os

---

<sup>895</sup> Sobre a evolução do direito internacional com a assinatura dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, v. ANTONIO TRUYOL Y SERRA, *Historia del Derecho Internacional...*, NGUYEN QUOC DINH, PATRICK DAILLIER, ALLAIN PELLET, *Droit International...*, p. 69 e ss., CHRISTIAN TOMUSCHAT, *Human Rights...*, p. 22 e ss. Sobre a evolução do direito internacional no sentido de proteger direitos individuais, v. MARIA DA ASSUNÇÃO ANDRADE ESTEVES, “O indivíduo como sujeito de Direito Internacional...”, p. 185 e ss., ANTÓNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, *El Acceso Directo del Individuo...*, e, do mesmo autor, *O Direito Internacional...*, p. 1089 e ss., ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Direito Internacional...*, p. 83 e ss. e 100 e ss., JUAN SOROETA LICERAS, & MARÍA DOLORES BOLLO AROCENAIN, “La protección de la persona...”, p. 29 e ss., JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Internacional...*, p. 563 e ss.

<sup>896</sup> Dec. de 18/01/1978, *Irlanda c. Reino Unido*, queixa n.º 5310/71. Sobre este ponto v., com mais detalhe, FREDERIC SUDRE, *Droit Européen...*, p. 57 e ss.

<sup>897</sup> Assim o Tribunal Internacional de Justiça no já referido caso *Barcelona Traction*: «an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole and those arising vis-à-vis another State (...) By their very nature, the former are the concern of all States (...) they are obligations *erga omnes*. Such obligations derive, for example (...) from the principles and rules concerning basic rights of the human persons».

<sup>898</sup> Sobre os mecanismos de queixa em relação ao respeito por estes instrumentos, v. CARLOS VILLÁN DURÁN, “Los Derechos Humanos ”..., p. 168, 173 e 179.

<sup>899</sup> GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos Fundamentales...*, p. 176, ANTÓNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, *O Direito Internacional...*, p. 1076.

<sup>900</sup> DIANA ELLES, *International Provisions...*, p. 5.



estrangeiros<sup>901</sup>. Este ponto é tão mais importante quando os estrangeiros, ainda mais que os nacionais, carecem da proteção concedida pelos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, por não participarem no processo democrático que conduz à adoção das leis nacionais<sup>902</sup>.

Mas mais. Generalizou-se o reconhecimento de que os direitos humanos são simplesmente *reconhecidos*, e já não *concedidos* pelos Estados, sendo por isso independentes destes<sup>903</sup>.

Com este processo de “humanização” do direito internacional, a *summa divisio* entre estrangeiros e nacionais foi posta em causa, em benefício de uma única categoria genérica de beneficiário dos direitos humanos: o *indivíduo*, concebido fora de qualquer pertença nacional e titular de direitos internacionalmente reconhecidos, derivados do simples facto da sua qualidade de ser humano<sup>904</sup>. Os direitos dos estrangeiros foram assim como que *absorvidos* pelos direitos humanos<sup>905</sup>. Como refere MARIA LUÍSA DUARTE, «Não se trata de garantir ao estrangeiro um conjunto maior ou menor de direitos, mas de reconhecer que, na sua qualidade de pessoa humana, deve ter acesso, sem qualquer discriminação, ao gozo de todos os direitos e liberdades (...)»<sup>906</sup>.

De facto, o direito internacional dos direitos humanos foi construído em torno de um postulado essencial: o postulado da igualdade de todos os homens e mulheres, através da afirmação da existência de direitos que pertencem originariamente e essencialmente a todos os seres humanos, que são inerentes à sua natureza, independentemente da sua pertença a qualquer a qualquer grupo particular.

Não obstante, não foram imediatamente perceptíveis os efeitos da assinatura dos mencionados instrumentos internacionais na condição do estrangeiro. De facto, após a assinatura das várias convenções internacionais na matéria, alguns Estados levantaram dúvidas respeitantes à aplicação desses instrumentos a não nacionais, já que os mesmos não assimilavam expressamente os estrangeiros aos nacionais<sup>907</sup>. Por seu turno, no seu relatório sobre as normas de direito internacional relativas à proteção dos direitos humanos dos estrangeiros, a relatora especial da subcomissão para a prevenção da discriminação e proteção das minorias, Baronesa ELLES, referia não resultar claro, nem dos trabalhos preparatórios nem das disposições desses instrumentos, se os estrangeiros eram beneficiários dos direitos aí previstos<sup>908</sup>.

As dúvidas assinaladas não tinham razão de ser. E assim é, por um lado, devido ao âmbito de aplicação subjetivo desses instrumentos e, por outro, devido à consagração, por parte dos mesmos, de princípios de proibição de discriminação. Mais recentemente, começaram a ser

---

<sup>901</sup> Sobre este ponto, v. M<sup>a</sup> CONCEPCIÓN PÉREZ VILLALOBOS, “La Cultura de los Derechos Fundamentales...”, p. 701, JACQUES FLAIRE & ÉRIC MONDIELLI, *Droits Fondamentaux...*, p. 102.

<sup>902</sup> No mesmo sentido, JAVIER DE LUCAS, “Inmigración, ciudadanía, derechos...”, p. 33 e ss.

<sup>903</sup> Note-se que as declarações jusnaturalistas de finais do séc. XVIII já assentavam nesta conceção. Assim, a Declaração dos Direitos da Virgínia de 1776, que afirma que «todos os homens são por natureza livres e independentes», o preâmbulo da declaração de independência dos Estados Unidos, de 4 de julho de 1776, que proclama que «todos os homens nasceram iguais e forma dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis» e a declaração francesa dos direitos do homem e do cidadãos de 1789, que teve por objetivo enunciar os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem.

<sup>904</sup> MANUEL DIEZ VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional...*, p. 626.

<sup>905</sup> JEAN-FRANÇOIS FLAUSS, “L’Étranger, entre Souveraineté...”, p. 46.

<sup>906</sup> MARIA LUÍSA DUARTE, *A Liberdade de circulação...*, p. 26.

<sup>907</sup> CARMEN TIBURCIO, *The Human Rights...*, p. 56.

<sup>908</sup> DIANA ELLES, *International Provisions...*, p. 8.

negociados instrumentos destinados especificamente à proteção dos direitos dos estrangeiros. Todo este quadro demonstra-nos que os estrangeiros são hoje considerados sujeitos de direitos pelo direito internacional. Analisemos vários aspetos mencionados.

## 2.2. ÂMBITO DE APLICAÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Os tratados negociados no pós II<sup>a</sup> Guerra encontram-se alicerçados num princípio-base: o da universalidade dos direitos reconhecidos. Assim, os direitos consagrados nos mesmos são direitos de *todas as pessoas*, independentemente de considerações ligadas a nacionalidade (2.2.1.) ou à legalidade do estatuto (2.2.2.). De facto, quando esses instrumentos pretendem reservar determinados direitos para determinadas categorias de pessoas, mencionam-no expressamente. E são algumas as normas que se aplicam apenas a estrangeiros (2.2.3.). Por fim, deve entender-se que os Estados-Parte devem garantir os direitos referidos a qualquer pessoa que se encontre sob a sua jurisdição (2.2.4.).

### 2.2.1. Âmbito de aplicação pessoal: a irrelevância da nacionalidade

O estrangeiro não é expressamente mencionado nos instrumentos de proteção dos direitos humanos, salvo no que respeita a algumas normas específicas. Não obstante, ele beneficia dos direitos garantidos por esses instrumentos, pois os mesmos assentam no *princípio da universalidade*, que traduz, no plano jurídico, o «generoso legado filosófico sobre o universalismo dos direitos»<sup>909</sup>. Referia neste contexto RENÉ CASSIN que a DUDH é universal «pela sua inspiração, pela sua expressão, pelo seu conteúdo, pelo seu campo de aplicação, pelo seu potencial»<sup>910</sup>.

O princípio da universalidade tem como fundamento o valor da dignidade da pessoa humana, que exige que o ser humano, pelo simples facto de o ser, tenha uma série de direitos<sup>911</sup>. Como refere GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, a universalidade fundamenta-se na vocação moral única de todos os seres humanos, que devem ser considerados como fins e não como meios, e que devem ter umas condições de vida social que lhes permitam eleger livremente os seus planos de vida<sup>912</sup>. Por outro lado, o autor sublinha que a negação da universalidade dos direitos limitaria ou frustraria as características de liberdade e igualdade dos direitos, transformando os mesmos em privilégios de alguns<sup>913</sup>. Assim, o reconhecimento da universalidade dos direitos humanos há de ser «exterior – e prévia – a qualquer concepção política em matéria de direitos fundamentais no quadro do Estado», radicando na pessoa humana e na sua dignidade<sup>914</sup>.

A “arquitetura” do direito internacional dos direitos humanos é construída em torno da premissa de que todas as pessoas, em virtude da sua essência de humanidade, devem gozar

---

<sup>909</sup> MARIA LUÍSA DUARTE, *União Europeia e Direitos Fundamentais...* p. 312.

<sup>910</sup> FRÉDÉRIC SUDRE, *Droit Européen...*, p. 43.

<sup>911</sup> ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Direito Internacional...*, p. 94.

<sup>912</sup> GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos Fundamentales...*, p. 311.

<sup>913</sup> *Idem*, p. 430.

<sup>914</sup> MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Os Direitos Fundamentais dos Estrangeiros...*, p. 149.

todos os direitos humanos – o que admite apenas limitadas exceções, que devem servir um fim legítimo dos Estados e ser proporcionais a esses mesmos fins<sup>915</sup>.

O princípio da universalidade resulta do texto dos vários instrumentos<sup>916</sup>. A Carta das Nações Unidas confia à Assembleia Geral a missão de levar a cabo ações destinadas a facilitar a *todos* o gozo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais (art. 13.º). Por seu turno, a DUDH proclama que «todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos» (art. 1.º), e que «todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração» (art. 2.º). Para além disso, a linguagem dos variados artigos está construída de forma universalística, usando-se expressões como «todos» ou «ninguém». De resto, o preâmbulo refere a construção de um *standard* comum para todas as pessoas de todas as nações. Estas formulações amplas não deixam, por isso, qualquer dúvida no que toca à universalidade dos destinatários.

O PIDCP, por seu turno, dispõe no art. 2.º que «[c]ada Estado Parte no presente Pacto compromete-se a respeitar e a garantir a todos os indivíduos que se encontrem nos seus territórios e estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto». Não existe qualquer referência à necessidade de nacionalidade específica. Por outro lado, também as normas do Pacto se encontram redigidas de forma universalizável, usando-se expressões como “todos”, “todas as pessoas”, entre outras. O Comentário n.º 15/27 do Comité dos Direitos Humanos, relativo à situação dos estrangeiros em face do Pacto, dispõe que, em geral, os direitos garantidos no PIDCP se aplicam independentemente de nacionalidade ou apatridia, afastando-se as dúvidas resultantes da inexistência de referência expressa aos estrangeiros nos trabalhos preparatórios do texto<sup>917</sup>. Note-se que, para dissipar qualquer dúvida, o Comentário não só refere expressamente que, em princípio, o Pacto confere aos estrangeiros uma proteção total no que respeita aos direitos garantidos, salvo exceções expressamente mencionadas, como repete a lista de todos direitos assim reconhecidos aos estrangeiros.

Por seu turno, também o PIDESC se alicerça no princípio da universalidade. O Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais já sublinhou que os direitos do Pacto se aplicam a todas as pessoas, incluindo não nacionais, como refugiados, requerentes de asilo, apátridas, trabalhadores migrantes e vítimas de tráfico, independentemente do seu estatuto legal ou documental<sup>918</sup>.

Por seu turno, a aplicabilidade *ratione personae* da CEDH é também independente de considerações respeitantes a nacionalidade. O art. 1.º dispõe: «[a]s Altas Partes Contratantes reconhecem a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades definidos no título I da presente Convenção». E, de facto, desde cedo o TEDH afastou argumentos de alguns governos no sentido de que os estrangeiros não podiam reclamar os direitos

---

<sup>915</sup> DAVID WEISSBRODT, *The Human Rights of Non Citizens...*, p. 45.

<sup>916</sup> GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ refere a multiplicidade de sentidos que a expressão “universalidade de direitos” pode revestir. No plano racional, diz respeito às características de generalidade e abstração que caracterizam os direitos de todos os homens. No plano temporal, significa que têm um caráter geral e abstrato, à margem do tempo, sendo válidos para qualquer momento da História. No que toca à dimensão espacial, significa a extensão da cultura dos direitos humanos a todas as sociedades políticas sem exceção. Cf. *Curso de Derechos Fundamentales...*, p. 299 e ss.

<sup>917</sup> Comentário Geral n.º 15, *The position of aliens under the Covenant*, de 30/09/1986.

<sup>918</sup> COMITÉ DOS DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS, Comentário Geral n.º 20, *Non-discrimination in economic, social and cultural rights*, de 02/07/2009. V. ainda, em sentido semelhante, COMITÉ DOS DIREITOS DA CRIANÇA, Comentário Geral n.º 6, *Treatment of unaccompanied and separated Children outside their country of origin*, 03/06/2005.

consagrados na CEDH. Por outro lado, em nenhum caso o TEDH ou a ComEDH negaram uma queixa por razão da nacionalidade da vítima. As considerações relativas à nacionalidade não são simplesmente tidas em conta na análise de um caso sujeito aos órgãos de garantia da Convenção. A ComEDH assim o reconheceu expressamente, afirmando que, quando um Estado se torna parte na CEDH, reconhece os respetivos direitos e liberdades não apenas aos seus próprios nacionais e aos dos Estados-Parte, como também aos nacionais de Estados não parte na CEDH, bem como aos apátridas<sup>919</sup>.

A nacionalidade é, pois, irrelevante para o âmbito de aplicação da CEDH<sup>920</sup>. Mais. Considerações de residência ou domicílio não são também tidas em conta<sup>921</sup>. Daí que LOUIS-EDMOND PETITTI refira que o critério de aplicação da CEDH seja um critério de «justiciabilidade»<sup>922</sup>. O autor refere que são «justiciáveis» perante a Convenção as pessoas que, seja qual for a sua nacionalidade, são sujeitas num determinado momento a medidas dos Estados-Parte, mesmo que por ocasião de passagem temporária no território dos mesmos. Não é necessário, por isso, qualquer vínculo estável com o Estado em causa, pelo que se permite que as pessoas em trânsito num determinado Estado possam apresentar recursos perante o TEDH<sup>923</sup>. Basta que, no momento da adoção da medida controvertida, as autoridades desse Estado exerçam um controlo efetivo sobre as pessoas que se pretendem lesadas<sup>924</sup>. Desta forma, os direitos garantidos são reconhecidos a todos os indivíduos, incluindo estrangeiros, sejam ou não nacionais de um dos Estados-Parte na Convenção. A CEDH partilha, assim, a conceção universalista da DUDH, tendo inclusivamente sido inspirada por ela<sup>925</sup>.

Para além da formulação com carácter de generalidade do art. 1.º, há ainda que referir que todos os demais preceitos da CEDH usam, tal como os anteriores instrumentos mencionados, expressões universalísticas. Eles referem-se a “qualquer pessoa”, ou a “ninguém”. A universalidade dos direitos garantidos é ainda confirmada pelo facto de os preceitos, quando pretendem reservar determinados direitos apenas aos cidadãos nacionais, o fazerem expressamente<sup>926</sup>. As demais limitações feitas em função das pessoas terão de ser justificadas e enquadradas nas restrições admitidas pela CEDH<sup>927</sup>.

Por fim, a Carta Social Europeia estabelece um conjunto de direitos nos campos económico e social, e clarifica que os mesmos se aplicam a estrangeiros, embora apenas aos nacionais dos Estados-Parte<sup>928</sup>.

---

<sup>919</sup> Dec. de 11/01/1961, *Áustria c. Itália*, queixa n.º 788/60.

<sup>920</sup> ANDREW DRZEMCZEWSKI, “The Position of Aliens...”, p. 351, MANUEL ABREU DA SILVA COSTA, “A Protecção dos Estrangeiros...”, p. 498 e ss., JEAN-PAUL COSTA, “Qui relève de la Jurisdiction...”, p. 486 e ss. HÉLÈNE LAMBERT, *The Position of Aliens...*, p. 9.

<sup>921</sup> HÉLÈNE LAMBERT, *The Position of Aliens...*, p. 9.

<sup>922</sup> LOUIS-EDMOND PETITTI, “La protection des étrangers...”, p. 31.

<sup>923</sup> DIEGO BOZA MARTÍNEZ, *Los Extranjeros...*, p. 22.

<sup>924</sup> EMMANUELLE BRIBOSIA, “Les Discriminations...”, p. 213.

<sup>925</sup> DIEGO BOZA MARTÍNEZ, *Los Extranjeros...*, p. 18.

<sup>926</sup> No mesmo sentido, BRUNO NASCIMBENE, *Il Trattamento dello Straniero...*, p. 173.

<sup>927</sup> ANDREW DRZEMCZEWSKI, “The Position of Aliens...”, p. 352.

<sup>928</sup> O anexo da CSE estabelece que os estrangeiros que residam ou trabalhem legalmente no território beneficiam dos direitos enumerados. Não obstante, alguns autores referem que ela não cria diretamente direitos na esfera jurídica dos beneficiários, estabelecendo apenas a obrigação de os Estados irem gradualmente alinhando a respetiva legislação e práticas com as suas disposições. Assim, LUÍS SILVEIRA, “The Admission of Aliens...”, p. 109. Não julgamos, porém, que assim seja em geral, dependendo tal conclusão da norma em causa.

Assim, com a afirmação do princípio da universalidade por parte dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, os estrangeiros passaram a beneficiar, nos Estados-Parte, dos direitos expressamente consagrados nesses instrumentos, apenas pelo facto de partilharem a qualidade de seres humanos.

### 2.2.2. Âmbito de aplicação pessoal: a irrelevância do estatuto legal

Vimos que o âmbito de aplicação pessoal dos instrumentos de proteção dos direitos humanos engloba os estrangeiros. Mas será que estes instrumentos protegem os direitos de todo e qualquer estrangeiro – incluindo dos imigrantes que se encontrem em situação irregular no território de um dos Estados-Parte? A resposta, no nosso entender, só pode ser positiva, por ser aquela que assegura uma verdadeira universalidade dos direitos humanos<sup>929</sup>.

No que toca ao PIDCP, várias têm sido as decisões do Comité dos Direitos Humanos que dizem respeito a cidadãos em situação irregular num determinado território<sup>930</sup>. Assim, em regra, o Pacto aplica-se a imigrantes em situação irregular. Algumas normas referem expressamente que apenas são aplicáveis a estrangeiros em situação *regular*. Esse é o caso do art. 13.º, que garante um processo equitativo ao estrangeiro que tenha sido objeto de uma decisão de expulsão. O comentário geral relativo à situação dos estrangeiros em face do Pacto confirmou que o conceito de legalidade deveria ser preenchido por remissão para as regras nacionais<sup>931</sup>. Não obstante, ressalva que, se a questão da legalidade ou ilegalidade da estadia estiver em litígio, deverão aplicar-se as regras constantes do art. 13.º<sup>932</sup>.

Por seu turno, o art. 1.º da CEDH também não faz referência a quaisquer critérios referentes à regularidade da presença no território dos Estados. A prática das instituições é também a de que considerações relativas à legalidade ou regularidade da permanência do estrangeiro são irrelevantes para o reconhecimento do gozo dos direitos<sup>933</sup>. De facto, nunca os órgãos de garantia declararam inadmissível uma queixa por motivos de ilegalidade do estatuto legal do recorrente. Por exemplo, no caso *D. c. Reino Unido*, o TEDH refutou expressamente os argumentos do Governo Britânico no sentido da inaplicabilidade da CEDH pelo facto de o estrangeiro ter entrado irregularmente no território. Sublinhou que, independentemente de o estrangeiro ter ou não *entrado* no território, no sentido técnico do termo, ele relevava da jurisdição do Estado, pelo que beneficiava da proteção conferida pela CEDH<sup>934</sup>.

Por outro lado, quando a CEDH pretende diferenciar as situações de legalidade e de ilegalidade da permanência, fá-lo expressamente, como é o caso do art. 2.º do Protocolo

---

<sup>929</sup> Assim, também SILVIA SILVERIO, “Sulla condizione dello straniero extracomunitario...”, p. 639.

<sup>930</sup> V., por exemplo, a Dec. de 09/04/1981, *Aumeeruddy Cziffra e outros c. Mauritânia*, comunicação n.º 35/197.

<sup>931</sup> Comentário Geral n.º 15, *The position of aliens under the Covenant*, de 30/09/1986.

<sup>932</sup> Para VINCENT CHÉTAIL, essa presente disposição, em conjugação com a que prevê o direito de circular e de escolher livremente a residência no interior do Estado (art. 12.º), simbolizam uma «inferioridade jurídica congénita» do estrangeiro no exercício da liberdade de movimentos, já que o estrangeiro deve encontrar-se em situação regular para poder beneficiar de ambos. Cf. *Migration...*, p. 65.

<sup>933</sup> Podendo embora ter relevância, como se verá mais adiante, no que toca à maior ou menor margem de liberdade possuída pelos Estados para restringir esses direitos.

<sup>934</sup> Cf. Ac. de 02/05/1997, *D. c. Reino Unido*, queixa n.º 30240/96.

Adicional n.º 4 e do art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 7<sup>935</sup>, que serão analisados mais à frente. Assim, hoje já se tem como pacífico que o art. 1.º da CEDH se aplica a qualquer pessoa, incluindo estrangeiros, tenham ou não estatuto legal no território<sup>936</sup>.

Os instrumentos internacionais de direitos humanos reconhecem direitos a qualquer pessoa, independentemente da nacionalidade ou estatuto legal. E assim é porque reconhecem direitos à *pessoa*, vista e encarada para além de qualquer categoria legal. Como referem alguns autores, reconhecer que qualquer pessoa possui direitos independentemente da sua nacionalidade e independentemente do local onde se encontra, transformou o «estrangeiro» em «pessoa»<sup>937</sup>.

No entanto, não podemos terminar as considerações tecidas no presente ponto sem uma breve referência à prática. De facto, aponta-se ainda um défice de reconhecimento efetivo dos direitos humanos aos estrangeiros em situação irregular. GREGOR NOLL refere que, nesses casos, a universalidade dos direitos é prejudicada devido ao poder de os Estados excluírem tais estrangeiros da sua soberania pessoal e territorial<sup>938</sup>. De facto, os Estados invocam o seu poder de controlo da imigração para excluir os estrangeiros em situação irregular da *titularidade* de determinados direitos, através do mecanismo da restrição dos mesmos. Essas restrições acontecem sobretudo no que toca aos direitos económicos e sociais, que representam encargos para o Estado.

Ora, a exclusão dos imigrantes em situação irregular da titularidade desses direitos levanta várias questões, já que vários direitos económicos e sociais se destinam precisamente a garantir a salvaguarda da dignidade humana<sup>939</sup>. Tal exclusão nem sempre passa um rigoroso escrutínio de adequação ou necessidade. Neste contexto, vários autores têm chamado a atenção para o facto de muitos dos argumentos tradicionalmente invocados para excluir os estrangeiros destes direitos não terem apoio na realidade. Assim, GONÇALO SARAIVA MATIAS refere que o tradicional argumento financeiro, assente na convicção de que os imigrantes nessa situação não pagam impostos, não corresponde à realidade. O mesmo se diga no que toca ao interesse de combate à imigração ilegal, assente na ideia de que o reconhecimento de tais direitos produziria um “efeito chamada”. Como refere o mesmo autor, «a experiência demonstra que, mesmo nos casos em que lhes são negados direitos sociais, os imigrantes ilegais continuam a procurar os países de acolhimento desde que acreditem que tal terá um impacto favorável na sua situação económica e das suas famílias»<sup>940</sup>. Aliás, como bem aponta, a negação de direitos sociais aos imigrantes em situação irregular pode ter impactos negativos na sociedade de acolhimento, por se excluir uma parcela significativa da população de setores chave para a sua integração.

Por outro lado, ainda que os Estados reconheçam formalmente, ou pelo menos não excluam os imigrantes em situação irregular do gozo dos direitos garantidos às demais pessoas, essa exclusão acaba, muitas vezes, por ocorrer *de facto*. É por demais conhecida a

---

<sup>935</sup> O Protocolo n.º 7 foi aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 22/90, de 27 de setembro de 1990. Portugal fez algumas reservas a este Protocolo, mas nenhuma delas incide sobre a matéria aqui em causa. V., sobre a violação do art. 1.º do Protocolo n.º 7 invocada por um estrangeiro em situação irregular, a Dec. de 20/09/2007, *Yildirim c. Roménia*, queixa n.º 21186/02.

<sup>936</sup> ELSPETH GUILD, *The Legal Elements...*, p. 129, PIERRE-FRANÇOIS DOCQUIR, “Droit à la Vie Privée...”, p. 926 e ss.

<sup>937</sup> NGUYEN QUOC DINH, PATRICK DAILLIER, ALLAIN PELLET, *Droit International...*, p. 429.

<sup>938</sup> GREGOR NOLL, “Why Human Rights...”, p. 241.

<sup>939</sup> Sobre este ponto, v. GONÇALO SARAIVA MATIAS, *Migrações e Cidadania...*, p. 41.

<sup>940</sup> GONÇALO SARAIVA MATIAS, *Migrações e Cidadania...*, p. 42.

vida em clandestinidade dessas pessoas que, no receio de denunciarem a sua situação de ilegalidade, acabam por não usufruir dos direitos humanos mais essenciais. Assim, evitam recorrer ao sistema de saúde, de inscrever as crianças nas escolas e tornam-se presas fáceis para exploração laboral ou mesmo violência sexual, reféns do medo de reportar tais situações às autoridades<sup>941</sup>. Há assim, uma disjunção entre a universalidade dos direitos formalmente reconhecidos a todas as pessoas, e um *efetivo gozo* desses direitos pelas mesmas. Apesar do universalismo acabado de expor, o mesmo, na prática, está longe de se concretizar. Daí a expressiva pergunta de GREGOR NOLL: «*How can it be that enjoyment of a set of Human Rights amongst which there are a number of “immediately applicable” economic and social rights is systematically barred for a group of humans with a clear and pressing need? Would not the whole system of human rights fail its stated universalist purposes if it failed that group?*»<sup>942</sup>.

Neste contexto, alguns autores referem que a tradicional ligação, invocada por HANNAH ARENDT, entre a cidadania e o «direito a ter direitos», foi hoje substituída pela ligação entre a *legalidade do estatuto da pessoa* e esse *direito a ter direitos*<sup>943</sup>. Sem um «direito a ter direitos», o ser humano nunca chegará a usufruir do direito que em si lhe é garantido. Ora, é aqui que alguns autores situam o estatuto legal como o novo «direito a ter direitos», como condição de gozo efetivo dos direitos humanos de que os imigrantes em situação irregular beneficiam por força do princípio da universalidade<sup>944</sup>. Daí se defenda que, atualmente, a divisão entre nacional e estrangeiro foi substituída pela divisão entre estrangeiros em situação legal e estrangeiros em situação irregular<sup>945</sup>.

A persistência destes limites no que toca à efetivação dos direitos humanos demonstra as fraquezas ainda existentes no que respeita à proteção internacional dos direitos humanos dos estrangeiros. A qualidade de “ser humano” parece não ser ainda suficiente para se poder gozar plenamente dos mesmos<sup>946</sup>.

Não obstante, ainda assim os organismos de controlo dos direitos humanos têm contribuído para erradicar a exclusão dos imigrantes em situação irregular do efetivo gozo dos direitos humanos. Neste contexto, importa referir a jurisprudência do TEDH, que, no caso *Siliadin c. França* se referiu inclusivamente a um dever de os Estados protegerem os imigrantes em situação irregular de situações de exploração<sup>947</sup>.

### 2.2.3. Normas específicas relativas ao tratamento dos estrangeiros

Para além de os estrangeiros beneficiarem, em geral, dos instrumentos de proteção dos direitos humanos, devido à consagração do princípio da universalidade, algumas das normas destes instrumentos referem-se especificamente aos estrangeiros. Isso sucede em dois tipos

---

<sup>941</sup> Sobre este ponto, v. ANNA BLUS, “Beyond the Walls of Paper...” p. 414.

<sup>942</sup> GREGOR NOLL, “Why Human Rights...”, p. 242.

<sup>943</sup> ANNA BLUS, “Beyond the Walls of Paper...”, p. 414, TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, “El Derecho de residencia...”, p. 110.

<sup>944</sup> ANNA BLUS, “Beyond the Walls of Paper...”, p. 432.

<sup>945</sup> Assim, entre nós, JOÃO CARLOS LOUREIRO, “Proteger é Preciso, Viver também...”, p. 317.

<sup>946</sup> CATHERINE DAUVERGNE, *Making People Illegal...*, p. 21.

<sup>947</sup> Dec. de 26/07/2005, *Siliadin c. França*, queixa n.º 26/07/2005. No caso, o TEDH condenou a França por violação do art. 4.º da CEDH, por não ter tomado as medidas necessárias para evitar que uma imigrante em situação irregular fosse mantida em situação de escravatura.

de casos: em primeiro lugar, quando as normas preveem direitos específicos dos estrangeiros. Em segundo lugar, quando reservam determinados direitos aos nacionais, excluindo os estrangeiros do gozo dos mesmos<sup>948</sup>.

São vários exemplos que cabem na primeira situação. Esse é, desde logo, o caso do art. 6.º da DUDH, que prevê o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica dos estrangeiros, bem como o art. 13.º do PIDCP, que estabelece requisitos específicos para os procedimentos de expulsão de estrangeiros. No que toca à CEDH, o texto original não continha nenhuma disposição destinada especificamente a salvaguardar direitos dos estrangeiros. O Protocolo n.º 4 da CEDH foi criado com o intuito de os Estados aceitarem mais obrigações em relação aos estrangeiros. Em particular, foram proibidas as expulsões coletivas (art. 4.º)<sup>949</sup>. Finalmente, o art. 1.º do Protocolo n.º 7 da CEDH trata de garantias procedimentais que devem ser reconhecidas aos estrangeiros em processo de expulsão.

No que toca à segunda situação, algumas normas permitem que se excluam os estrangeiros do seu campo de aplicação. Essas normas traduzem-se, assim, em exceções ao princípio da universalidade. Uma das exceções tradicionais é a que diz respeito ao gozo de direitos políticos. O art. 21.º da DUDH restringe o direito de tomar parte na direção dos assuntos públicos e de acesso às funções públicas aos cidadãos nacionais. Nesse seguimento, também o art. 25.º do PIDCP circunscreve aos cidadãos nacionais os direitos de tomar parte na direção dos negócios públicos, de votar e ser eleito e de aceder às funções públicas<sup>950</sup>. O art. 16.º da CEDH, por seu turno, estabelece a mais clara distinção de tratamento entre nacionais e estrangeiros introduzida por essa Convenção. Ele permite a previsão de restrições à atividade política dos estrangeiros, no que toca aos direitos de liberdade de expressão, de associação, e de reunião<sup>951</sup>. Porém, esses direitos só podem ser restringidos quando os estrangeiros os pretendam exercer para fins políticos. É isso que resulta da letra do preceito nos termos do qual «[n]enhuma das disposições dos arts. 10.º, 11.º e 14.º pode ser considerada como proibição às Altas Partes Contratantes de imporem restrições à actividade política dos estrangeiros»<sup>952</sup>. Para além disso, há a assinalar que se trata de uma permissão do estabelecimento de restrições aos direitos em causa, e não de afastamento total dos mesmos<sup>953</sup>. Os trabalhos preparatórios indicam que este normativo foi incluído na CEDH

---

<sup>948</sup> Nesse sentido, YVES MADIOT fala de disposições protetoras e de disposições limitativas dos direitos dos estrangeiros. Cf. “Un Statut Européen ...”, p. 44.

<sup>949</sup> Muitas das disposições originariamente propostas para a proteção dos direitos dos estrangeiros foram depois substancialmente alteradas pelo Comité de Peritos. Sobre este ponto, v. ANDREW DRZEMCZEWSKI, “The Position of Aliens...”, p. 358.

<sup>950</sup> De notar, porém, que a norma não exclui categoricamente os estrangeiros do gozo destes direitos – o artigo apenas especifica que os Estados têm o dever de garantir esses direitos aos nacionais, devendo entender-se que são livres no que toca a garantir os mesmos aos estrangeiros. Assim, RICHARD LILLICH, *The Human Rights of Aliens...*, p. 46.

<sup>951</sup> Prevê-se ainda a possibilidade de se estipularem limitações ao art. 14.º da CEDH. No entanto, esta possibilidade deve ser entendida como referindo-se apenas aos demais direitos mencionados no art. 16.º, uma vez que o art. 14.º da CEDH não é uma norma autónoma.

<sup>952</sup> Seguimos a opinião de DIEGO BOZA MARTÍNEZ quando refere não ser legítima a restrição do direito de sindicalização, por exemplo. Cf. *Los Extranjeros...*, p. 85. O autor define “atividade política” exclusivamente como aquela que está conexas com o exercício do direito de sufrágio, como a criação e desenvolvimento de partidos políticos ou a participação em campanhas políticas, etc. Cf. *idem*, p. 97. ANA MARIA GUERRA MARTINS restringe ainda mais o âmbito de aplicação do preceito, circunscrevendo-o às atividades políticas que possam deteriorar as relações entre o Estado de acolhimento e o Estado estrangeiro. Cf. *A Igualdade e a Não Discriminação...*, p. 379.

<sup>953</sup> No mesmo sentido, MARIA LUÍSA DUARTE refere que a proibição absoluta de comportamentos políticos dificilmente se coadunaria com o espírito da CEDH. Cf. *A Liberdade de circulação...*, p. 50. As restrições a estes



para reflectir o princípio de direito internacional de acordo com o qual os Estados são livres para restringir a actividade política dos estrangeiros. Alguns autores invocam que a razão de ser da possibilidade de exclusão dos estrangeiros do gozo destes direitos está na própria natureza dos mesmos – trata-se dos direitos políticos, que surgem com o “pacto social” e que pertencem, assim, por natureza, aos cidadãos<sup>954</sup>. Como refere MARIA LUÍSA DUARTE, a doutrina da chamada “comunidade política” permite aos Estados excluir os estrangeiros do exercício dos direitos políticos, bem como das funções públicas<sup>955</sup>. Como referem outros autores, no núcleo dos direitos políticos reside «a mais fina expressão da comunhão de valores e políticas desenvolvidas pelo Estado»<sup>956</sup>. Não obstante, esta exclusão tem vindo aos poucos a ser superada, começando já a ser questionada a asserção de que os estrangeiros, por princípio, não possuem direitos políticos<sup>957</sup>. Assim, cabe mencionar a Convenção Europeia sobre Participação de Estrangeiros na Vida Pública a nível Local. A Convenção assenta na convicção de que a residência de estrangeiros no território nacional é, atualmente, uma característica permanente das sociedades europeias, e assim, garante o direito de voto nas eleições locais e prevê ainda vários direitos conexos, como a liberdade de expressão, de reunião e de associação nos mesmos termos que os previstos para os nacionais, bem como a formação de órgãos consultivos para representar os estrangeiros residentes a nível local<sup>958</sup>.

Outro exemplo clássico é o do acesso ao território estadual, também reconhecido apenas aos cidadãos nacionais, como estudado na Parte I<sup>959</sup>.

O art. 5.º, al. f), da CEDH constitui outra exceção. Trata-se da possibilidade de prisão ou detenção de um estrangeiro para lhe impedir a entrada ilegal no território ou contra o qual está em curso um processo de expulsão ou de extradição. Esta possibilidade encontra-se configurada como uma exceção ao direito à liberdade e segurança garantido nesse mesmo art. 5.º.

Por fim, alguns dos direitos são reconhecidos quer a nacionais, quer a estrangeiros, mas exige-se que os últimos se encontrem em situação regular no território. É o caso do art. 12.º, n.º1 do PIDCP e do art. 2.º do Protocolo n.º4 da CEDH, que fazem depender expressamente o gozo do direito de livre circulação e de escolha de residência dentro do território do Estado à permanência regular no mesmo<sup>960</sup>.

O princípio da universalidade dos direitos previstos nos instrumentos de proteção dos direitos humanos sofre assim as exceções analisadas. Elas acabam por dizer respeito a direitos que são tradicionalmente reservados a nacionais, como os direitos políticos do cidadão e os direitos de acesso ao território. No entanto, há que ter presente que, através da expressa

---

direitos terão, assim, de se justificar em relação às circunstâncias do caso concreto, e sempre mediante o respeito pelo princípio da proporcionalidade. DIEGO BOZA MARTÍNEZ reconhece, porém, que esta norma concede ampla margem de apreciação aos Estados. Cf. *Los Extranjeros...*, p. 94.

<sup>954</sup> DIEGO BOZA MARTÍNEZ, *Los Extranjeros...*, p. 71.

<sup>955</sup> MARIA LUÍSA DUARTE, *A Liberdade de circulação...*, p. 48.

<sup>956</sup> CARLA AMADO GOMES & ANABELA COSTA LEÃO, *A Condição de Imigrante...*, p. 39.

<sup>957</sup> Sobre este ponto v., entre nós, CONSTANÇA URBANO DE SOUSA, “Imigração e o ideal democrático de um «demos» inclusivo...”, p. 217 e ss. e, da mesma autora, “Discriminação e Nacionalidade...”, p. 7 e ss.

<sup>958</sup> A Convenção foi aberta à assinatura em Estrasburgo, a 5 de fevereiro de 1992 (Série de Tratados Europeus, n.º 144), e entrou em vigor em 1 de maio de 1997. Em julho de 2015 Portugal ainda não tinha assinado a mesma. Sobre este ponto, v. DAVID WEISSBRODT, *Working Paper...*, § 75 e ss.

<sup>959</sup> V. Parte I, Capítulo III, ponto 1.

<sup>960</sup> Sobre este aspeto v. *supra*, Parte I, Capítulo III, ponto 1.2.

referência a estas exceções, os instrumentos analisados demonstram claramente que a regra em matéria de respeito dos direitos humanos é a da universalidade<sup>961</sup>.

#### 2.2.4. Âmbito de aplicação territorial: o critério da jurisdição

Como na presente dissertação se visa discutir o reconhecimento de direitos fundamentais de imigração, reveste ainda interesse analisar a aplicação territorial dos instrumentos em causa. De facto, os indivíduos que pretendem imigrar encontram-se, as mais das vezes, *fora* do território estadual. Noutros casos, ainda, são as autoridades estaduais que se encontram fora do território, por exemplo em mar internacional, com o objetivo de evitar que estrangeiros entrem no mesmo<sup>962</sup>. Assim, reveste interesse analisar a aplicação territorial dos instrumentos de proteção dos direitos humanos<sup>963</sup>.

Neste ponto as dúvidas são já maiores. O art. 2.º do PIDCP parece limitar o benefício dos direitos protegidos aos indivíduos que se encontrem no território de um Estado-Parte, ao referir que «[c]ada Estado Parte no presente Pacto compromete-se a respeitar e a garantir a todos os indivíduos que *se encontrem nos seus territórios* e estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto» (sublinhado nosso). No entanto, o Protocolo Facultativo referente ao Comité dos Direitos Humanos parece fixar um âmbito de aplicação mais amplo. O art. 1.º refere que «o Comité tem competência para receber e examinar comunicações provenientes de particulares sujeitos à sua jurisdição que aleguem ser vítimas de uma violação, por esses Estados-Partes, de qualquer dos direitos enunciados no Pacto». O Protocolo garante, pois, um direito de petição individual aos indivíduos que estejam sujeitos à *jurisdição* do Estado-Parte que alegadamente violou o direito. No seu relatório, a Baronesa ELLES considera que a redação mais restritiva do art. 2.º do Pacto não se opõe a uma leitura mais ampla do campo de aplicação do mesmo, em consonância com o Protocolo<sup>964</sup>. Assim, contrariamente ao que a letra do art. 2.º pode fazer crer, os Estados-Parte devem respeitar o PIDCP em todos os casos que caíam no seu âmbito de jurisdição, independentemente de os respetivos órgãos se encontrarem a atuar dentro do território estadual.

O Comité dos Direitos Humanos já teve oportunidade de se pronunciar sobre este ponto, recusando-se a restringir a responsabilidade do Estado às violações que ocorram apenas dentro do território nacional<sup>965</sup>. O Comité referiu que o termo “jurisdição” não se refere ao local em que a violação em causa se produziu: «*The reference in Article 1 of the Optional Protocol to “individuals subject to its jurisdiction” (...) is not to the place where the violations occurred, but rather to the relationship between the individuals and the States*»<sup>966</sup>. A noção de jurisdição deveria entender-se como pressupondo uma conexão entre a violação do direito e as competências estaduais. A vítima deve relevar efetivamente da autoridade do Estado Parte, quer esta autoridade se

---

<sup>961</sup> ANDREW DRZEMCZEWSKI, “The Position of Aliens...”, p. 355.

<sup>962</sup> THOMAS GAMMELTOFT-HANSEN “Extraterritorial Migration Control...”, p. 115.

<sup>963</sup> Sobre esta problemática v. em geral, CHRISTIAN TOMUSCHAT, *Human Rights...*, p. 128 e ss.

<sup>964</sup> DIANA ELLES, *International Provisions...*, p. 11.

<sup>965</sup> V. as várias dec. de 29/07/1981, *Lopez Burgos c. Uruguai*, comunicação n.º 72/1989, *Lilian Celeberti de Casariego c. Uruguai*, comunicação n.º 56/1979, *Delia Saldías Lopez c. Uruguai*, comunicação n.º 52/1979.

<sup>966</sup> Dec. de 08/04/1987, *H. v. d. c. Países Baixos*, comunicação n.º 217/1986.

exerça no território nacional ou no estrangeiro<sup>967</sup>. Para o Comité, a referência feita no art. 2.º a “território” “does not imply that the State party concerned cannot be held accountable for violation of rights under the Covenant which its agents commit upon the territory of another State”<sup>968</sup>. Em consonância, o Comité dos Direitos Humanos referiu não concordar com o relatório submetido pelos EUA em 1995 quando este referia que o PIDCP não poderia ter eficácia extraterritorial. O Comité voltou a sublinhar que, em circunstâncias especiais, as pessoas podiam estar abrangidas pela jurisdição de um Estado-Parte mesmo quando se encontrassem fora do território<sup>969</sup>. Não obstante, não explicitou que circunstâncias especiais eram essas, pelo que permanecem algumas dúvidas neste ponto<sup>970</sup>.

Por seu turno, o art. 1.º da CEDH estabelece o campo de aplicação da Convenção nos seguintes termos: «As Altas Partes Contratantes reconhecem a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades definidos no título I da presente Convenção». Assim, contrariamente ao texto do PIDCP, aqui o campo de aplicação é fixado exclusivamente por referência ao termo “jurisdição”.

O projeto inicial da Assembleia do Conselho da Europa utilizava a expressão “todas as pessoas residentes no território dos Estados signatários”. No entanto, considerou-se que a mesma poderia ser demasiado restritiva e levar a desigualdades na prática, já que o conceito jurídico de residência não era igual em todos os Estados<sup>971</sup>. A razão desta alteração não foi, pois, tanto o termo “território”, mas sim o termo “residência”<sup>972</sup>.

Os órgãos de garantia da CEDH foram desenvolvendo entendimentos que pressupõem uma conceção alargada do âmbito de aplicação territorial da mesma.

No caso *Chipre c. Turquia*<sup>973</sup>, a ComEDH, apoiando-se apenas no texto do art. 1.º, sublinhou que o termo “jurisdição” não era limitado ao território de um Estado-Parte. Nesse sentido, referiu que era claro, principalmente do texto francês, que o objetivo do artigo era assegurar os direitos da Convenção a todas as pessoas que se encontrassem sob a autoridade e responsabilidade efetivas dos Estados-Parte, independentemente de essa autoridade ser exercida dentro ou fora do território. O critério da “autoridade efetiva” seria, assim, determinante, ou, noutra formulação, o critério de saber se o Estado estava em condições de influenciar com as suas ações, o respeito pelos direitos convencionais<sup>974</sup>.

Esta abordagem foi depois desenvolvida pelo TEDH no caso *Loizidou*, em que se analisou se um ato praticado pelas forças armadas turcas estabelecidas em Chipre era imputável à Turquia. O TEDH deu uma resposta afirmativa, considerando que o que importava é que a Turquia tinha efetivo e pleno controlo sobre essas forças, não obstante elas se encontrarem fora do território nacional<sup>975</sup>. Neste caso, o critério do “controlo efetivo” foi determinante. A mesma abordagem foi seguida num caso em que a Turquia deteve, no estrangeiro, um

---

<sup>967</sup> FREDERIC SUDRE, *Droit Européen...*, p. 761.

<sup>968</sup> Dec. de 08/04/1987, *H. v. d. c. Países Baixos*, cit.

<sup>969</sup> Concluding Observations: United States of America, U.N.Doc. CCPR/C/79/Add.50, A/50/40 (1995).

<sup>970</sup> Sobre este ponto v. CHRISTIAN TOMUSCHAT, *Human Rights...*, p. 130.

<sup>971</sup> *Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, vol. III, p. 260. Sobre este ponto v. JEAN-PAUL COSTA, “L’État, le Territoire et la Convention ...”, p. 190.

<sup>972</sup> CHRISTOS L. ROZAKIS, “The Territorial Scope...”, p. 58.

<sup>973</sup> Dec. de 20/01/1979, *Chipre c. Turquia*, queixa n.º 6950/75.

<sup>974</sup> CORTE COSTITUZIONALE, *Lo Straniero nella Giurisprudenza...*, p. 12.

<sup>975</sup> Dec. de 23/03/1995, *Loizidou c. Turquia* (Exceções Preliminares), queixa n.º 15318/89. Veja-se ainda a dec. de 14/12/2006, *Marković c. Itália*, queixa n.º 1398/03.

suspeito da prática de crime<sup>976</sup>. Neste contexto, a doutrina refere que a participação em conflitos armados no estrangeiro não estará, em princípio, abrangida pelo âmbito da Convenção, mas que o caso muda de figura a partir do momento em que as forças do Estado fazem algum prisioneiro<sup>977</sup>. Os prisioneiros passam, assim, a estar no âmbito da jurisdição do Estado-Parte, pelo que a aplicabilidade da CEDH não pode ser afastada<sup>978</sup>. Por seu turno, no caso *Amuur*, o TEDH considerou que o termo “território”, englobava a zona internacional do aeroporto<sup>979</sup>.

Não obstante, numa decisão de 2001 (caso *Banković*<sup>980</sup>), o TEDH afirmou a natureza «essencialmente territorial» do conceito de jurisdição, sublinhando que o reconhecimento de efeitos extraterritoriais devia ser restringido a circunstâncias muito excecionais. Referindo-se aos trabalhos preparatórios da Convenção e às regras gerais de direito internacional, o TEDH defendeu que o art. 1.º se referia primordialmente à jurisdição territorial do Estado, sendo os outros títulos de jurisdição excecionais e, que por isso, exigiam uma fundamentação específica, em função das circunstâncias do caso. O TEDH distinguiu este caso do caso *Loizidou*, em parte devido ao facto de, neste último, o Estado-Parte em causa ter exercido uma ocupação duradoura no território onde a violação tinha ocorrido, enquanto no caso *Banković* se tinha tratado de um ato instantâneo<sup>981</sup>. Não obstante, não fechou a porta à extraterritorialidade, ao afirmar: «*other recognised instances of extraterritorial exercise of jurisdiction by a State include cases involving the activities of its diplomatic or consular agents abroad*». O conceito de jurisdição enquanto conceito fundamentalmente territorial foi reafirmado noutro caso em 2004<sup>982</sup>.

Porém, da jurisprudência do TEDH não resultavam com clareza quais os fatores a atender no que toca à aplicabilidade da CEDH a atos praticados fora do território estadual. A doutrina ensaiou algumas formulações. NICHOLAS BLAKE referia que teriam de ser tidos em conta fatores como a nacionalidade da vítima (nomeadamente, saber se é nacional de outro Estado-Parte), ou se teve anterior residência ou domicílio no Estado-Parte<sup>983</sup>. Discordamos do autor no que toca à relevância atribuída a estes fatores, já que a aplicabilidade da CEDH não deve estar dependente de características subjetivas das vítimas. Pelo contrário, já são importantes as considerações relativas à qualidade dos poderes de autoridade exercidos pelos órgãos estaduais sobre a vítima.

Posteriormente, no caso *Öcalan*, o TEDH voltou a considerar que os atos dos agentes de um Estado Parte, mesmo se cometidos no estrangeiro, relevavam da “jurisdição” desse

---

<sup>976</sup> Dec. de 30/05/2000, *Issa e Outros c. Turquia*, queixa n.º 31821/96.

<sup>977</sup> O mesmo se diga, de resto, da participação dos Estados em operações de manutenção de paz no âmbito das Nações Unidas. Assim, CHRISTIAN TOMUSCHAT, *Human Rights...*, p. 129. V. em particular a dec. de 07/07/2011, *Al-Jedda c. Reino Unido*, queixa n.º 27021/08 e dec. de 20/11/2014, *Jaloud c. Holanda*, queixa n.º 47708/08.

<sup>978</sup> CHRISTIAN TOMUSCHAT, *Human Rights...*, p. 128.

<sup>979</sup> Dec. de 25/06/1996, *Amuur c. França*, queixa n.º 19776/92.

<sup>980</sup> Dec. de 12/12/2001, *Banković e outros c. Bélgica e outros 16 Estados Contratantes*, queixa n.º 52207/99 e ss.

<sup>981</sup> O ato em causa consistiu num bombardeamento de um imóvel sito em Belgrado, pelas forças da OTAN no contexto dos conflitos do Kosovo.

<sup>982</sup> Dec. de 08/07/2004, *Ilascu et al. c. Moldávia e Rússia*, queixa n.º 48787/99. Sobre este ponto v. detalhadamente, FRÉDÉRIC SUDRE, *Droit Européen...*, p. 675 e ss. e JEAN-PAUL COSTA, “Qui relève de la Jurisdiction...”, p. 492.

<sup>983</sup> NICHOLAS BLAKE, “Developments in the Case Law ...”, p. 433.

Estado para os fins do art. 1.º. Nesse caso, a qualidade da atuação estadual foi o fator determinante para essa conclusão<sup>984</sup>.

Finalmente, foi essa ainda a abordagem em casos especificamente respeitantes a medidas relativas a controlos migratórios. Assim, o TEDH considerou que a CEDH era aplicável ao caso *Xhavara*, sobre a interceção, por parte de um navio italiano, a 35 milhas marítimas da costa italiana, de um barco com refugiados albaneses que desejavam entrar irregularmente no território<sup>985</sup>. Esta orientação foi depois seguida nos vários casos respeitantes à entrada de estrangeiros em Itália pelo Mar Mediterrâneo. No caso *Hirsi e outros c. Itália*<sup>986</sup>, um grupo de cerca de 200 estrangeiros migrantes foi intercetado por navios da guarda-fiscal e da guarda costeira italianas, a 35 milhas a sul de Lampedusa, com vista a afastá-lo em direção a um Estado terceiro. O TEDH considerou que os fins da CEDH, em particular da disposição alegadamente violada - que proíbe a expulsão coletiva de estrangeiros - não se compadecem com uma aplicação restrita aos casos em que as referidas expulsões apenas se realizam dentro do território do Estado<sup>987</sup>. O TEDH considerou que o espaço exclusivamente marítimo não podia ser considerado um espaço de “não direito” no âmbito do qual os indivíduos não estariam sujeitos a nenhuma jurisdição. Mais referiu que a Itália não podia contornar as suas obrigações, derivadas da necessidade de respeito pelos direitos humanos, ao desenvolver operações destinadas ao controlo da imigração em alto-mar. Assim, afirmou que as interceções feitas em alto-mar pelas autoridades de um Estado no exercício das suas prerrogativas de autoridade pública de controlo da imigração constituem, para os efeitos do art. 1.º da CEDH, atividades levadas a cabo dentro da sua jurisdição<sup>988</sup>.

Nestes termos, podemos concluir que, para que a CEDH seja aplicável a uma situação concreta, é suficiente que a violação das suas normas tenha tido origem numa ação das autoridades de um dos Estados-Parte. Se na violação de um direito intervêm agentes autorizados de um Estado que atuem fora das fronteiras nacionais, esta violação deverá cair no âmbito de aplicação da CEDH. Importa que esses órgãos tenham atuado na veste de poderes de autoridade estadual (ou de controlo efetivo)<sup>989</sup>. Por outro lado, é necessário que o Estado, através dos seus órgãos, tenha violado um dos direitos protegidos pela CEDH, *i.e.*, tem de existir um nexo de causalidade entre a violação alegada e a atuação do Estado-Parte<sup>990</sup>.

Exemplos de órgãos estaduais que atuem no estrangeiro podem ser, por exemplo, os agentes diplomáticos ou consulares, nomeadamente no que toca aos casos relativos a pedidos

---

<sup>984</sup> Dec. de 12/05/2005, *Öcalan c. Turquia*, queixa n.º 46221/99. Refere o TEDH: «*le requérant, dès sa remise par les agents kenyans aux agents turcs, s'est effectivement retrouvé sous l'autorité de la Turquie et relevait donc de la "jurisdiction" de cet Etat aux fins de l'article 1 de la Convention, même si, en l'occurrence, la Turquie a exercé son autorité en dehors de son territoire*».

<sup>985</sup> Dec. de 11/01/2001, *Xhavara e outros c. Itália e Albânia*, queixa n.º 39473/98.

<sup>986</sup> Dec. de 23/02/2012, *Hirsi Jamaa e outros c. Itália*, queixa n.º 27765/09. Sobre este ponto, v. THOMAS GAMMELTOFT-HANSEN, “Extraterritorial Migration Control...”, p. 120 e ss.

<sup>987</sup> O TEDH teve em conta a evolução dos fluxos migratórios, a intensificação dos mesmos pela via marítima, bem como os acontecimentos políticos e sociais ocorrentes em África e no Médio Oriente.

<sup>988</sup> Importa sublinhar, neste ponto, que as atividades em alto mar são reguladas pela Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 10/12/1982 (assinada por Portugal nessa data e publicada no Diário da República I-A, n.º 238, 1.º suplemento, de 14/10/1997) bem como pela Convenção Internacional para a Salvaguarda da Vida Humana no Mar (assinada a 01/11/1974 e aprovada pelo Decreto do Governo n.º 79/83, de 14/10), que preveem o dever de prestar assistência e de salvar as pessoas que estejam em perigo no mar. Sobre este ponto, v. AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA & CONSELHO DA EUROPA, *Manual de Legislação Europeia...*, p. 38.

<sup>989</sup> JEAN-PAUL COSTA, “Qui relève de la Jurisdiction...”, p. 490.

<sup>990</sup> No mesmo sentido, SYLVIE SAROLÉA, *Droits de l'Homme...*, p. 497.

de entrada no território<sup>991</sup>. Se, na análise desses pedidos, as autoridades consulares violarem os direitos garantidos aos estrangeiros, os respetivos Estados deverão ser tidos como responsáveis à luz da CEDH. Num caso, a ComEDH considerou que uma medida tomada pela Suíça, de interdição de entrada de estrangeiros quer no seu território, quer ainda no do Liechtenstein, a responsabilizava à luz do art. 1.º da CEDH, em virtude de acordos bilaterais celebrados entre os dois países, ao abrigo dos quais a Suíça agia em nome do Liechtenstein<sup>992</sup>. Nesse sentido, foram também já vários os pedidos examinados pelo TEDH relativos à recusa de emissão de vistos, em que o recorrente se encontrava ainda fora do território<sup>993</sup>. Os órgãos de garantia não discutiram se esse facto podia levar à não aplicabilidade da CEDH *ratione loci*, e analisaram o mérito dos pedidos.

Podemos concluir que, por força do princípio da universalidade plasmado nos instrumentos de proteção dos direitos humanos, os estrangeiros beneficiam hoje de praticamente todos os direitos garantidos por esses instrumentos. Por força deles, os Estados-Parte estão obrigados a reconhecer aos estrangeiros um conjunto de direitos, independentemente de considerações ligadas a nacionalidade, reciprocidade, regularidade do estatuto e ainda, por vezes, de localização da ação estadual.

### 2.3. A PROTEÇÃO DOS ESTRANGEIROS PELO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO

Para além do princípio da universalidade, referente ao âmbito de aplicação dos direitos humanos, importa ainda refletir sobre um outro princípio que se revela também importante para a consideração do estrangeiro enquanto sujeito de direitos. Trata-se do princípio da proibição da discriminação. Enquanto o princípio da universalidade se refere ao *âmbito subjetivo* dos direitos garantidos pelos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, o princípio da proibição da discriminação refere-se ao *conteúdo* desses direitos. Ora, se aos estrangeiros, independentemente da nacionalidade ou estatuto legal, devem ser reconhecidos todos os direitos previstos nos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, importa saber ainda se, *no gozo desses direitos*, eles são tratados da mesma forma que os nacionais. Um tal princípio garantirá que não se negue, pela via da modelação de um diferente conteúdo dos direitos em razão da nacionalidade ou estatuto das pessoas, o pleno gozo dos mesmos.

Neste contexto importa analisar dois aspetos: em primeiro lugar, se o direito internacional dos direitos humanos reconhece um princípio da proibição da discriminação em razão da nacionalidade (2.3.1.) e, em segundo lugar, se daí deriva um princípio da proibição da discriminação entre categorias de estrangeiros (2.3.2.).

---

<sup>991</sup> DIEGO BOZA MARTÍNEZ, *Los Extranjeros...*, p. 23.

<sup>992</sup> Dec. de 17/07/1977, *X e Y c. Suíça*, queixa n.º 7289/75 e 7349/76. Sobre este caso, v. JEAN-PAUL COSTA, “Qui relève de la Jurisdiction...”, p. 490.

<sup>993</sup> Assim, as dec. de 28-05-1985, *Abdulaziz, Cabales Y Balkandi c. Reino Unido*, queixas n.º 9214/80; 9473/81; 9474/81, dec. de 28-11-1996, *Abmut c. Holanda*, queixa n.º 73/1995/579/665.

### 2.3.1. A proibição de discriminação em razão da nacionalidade

Vimos que hoje se reconhece de forma pacífica que os estrangeiros são titulares dos direitos garantidos pelos instrumentos de proteção dos direitos humanos analisados. Mas beneficiam eles de um direito a serem tratados da mesma forma que os cidadãos nacionais? A pergunta tem razão de ser, já que alguns autores defendem uma “aceitação tradicional” da ideia de que os estrangeiros podem ser tratados de forma menos favorável que os nacionais<sup>994</sup>. Outros invocam que as diferenciações de tratamento entre estrangeiros e nacionais são tidas como um “dado”<sup>995</sup>. Assim, a Baronesa ELLES referia, ilustrativamente, no seu estudo sobre direitos de não cidadãos: «*[t]he individual who most frequently, both in point of time and of place, gets singled out for distinction from his fellow man is the alien*»<sup>996</sup>. Para este entendimento contribuíram não só as resistências dos Estados em abdicarem da possibilidade de reservar um tratamento mais favorável para os seus nacionais, como ainda um entendimento de acordo com o qual apenas as diferenciações baseadas em motivos invariáveis (nos quais não se incluiria a nacionalidade, pela sua natureza jurídica) seriam proibidas, teoria que hoje já começa a ser ultrapassada<sup>997</sup>.

Ora, há que ter presente que a ideia de igualdade deriva do princípio da universalidade dos direitos humanos. De facto, como sublinha JOSÉ JOÃO ABRANTES, «por serem inerentes à natureza humana, os direitos individuais existem em todos os homens, em todos os tempos e em todos os lugares, daí decorrendo também a igualdade de todos os homens»<sup>998</sup>. No entanto, a doutrina encontra-se profundamente dividida quanto à questão de a universalidade implicar igualdade independentemente da nacionalidade. Alguns autores defendem que as distinções fundadas na nacionalidade não são contrárias aos direitos humanos<sup>999</sup>, enquanto outros referem que as normas de direito internacional dos direitos humanos requerem em geral um tratamento igual entre cidadãos e estrangeiros<sup>1000</sup>. Outros ainda referem que o direito internacional público abrange os estrangeiros nas normas referentes à proibição de discriminação, mas que a discriminação em razão da nacionalidade não seria, *a se*, proibida<sup>1001</sup>.

Julgamos que a resposta a dar a esta questão depende do plano em que nos situemos, sendo diferente no contexto do costume internacional e no contexto da proteção dos direitos humanos garantidos pelos tratados internacionais.

---

<sup>994</sup> PIERRE MAYER & VINCENT HEUZÉ, *Droit International...*, p. 18, VANDENHOLE, WOUTER, “Migration and Discrimination...”, p. 218.

<sup>995</sup> ANUSCHEH FARAHAT, “We want you! But...’...”, p. 704.

<sup>996</sup> DIANA ELLES, *The Problem of the Applicability...*, § 326.

<sup>997</sup> Sobre este ponto, v. VANDENHOLE, WOUTER, “Migration and Discrimination...”, p. 223.

<sup>998</sup> JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais ...*, p. 22.

<sup>999</sup> DIANA ELLES, *International Provisions...*, p.15, VIRGINIE GUIRAUDON, *Les Politiques d’Immigration...*, p. 101, ALEXANDRA CHÍCHARRO DAS NEVES, *Os Direitos do Estrangeiro...*, p. 56.

<sup>1000</sup> GUY S. GOODWIN-GILL, *International Law...*, p. 75. DAVID WEISSBRODT, “The Protection of Non-Citizens...”, p. 223. Entre nós, CARLA AMADO GOMES & ANABELA COSTA LEÃO referem a emergência de um princípio geral de direito internacional e europeu dos direitos humanos de proibição de discriminação em função da cidadania. Cf. *A Condição de Imigrante...*, p. 49.

<sup>1001</sup> Assim, ANDREA GUAZZAROTTI, “Lo Straniero, I Diritti...”, p. 90.

a) *Ius Cogens*

No quadro das teorias sobre direitos dos estrangeiros no contexto da proteção diplomática, afirmava-se que a discriminação entre nacionais e estrangeiros não consubstanciava em si uma violação dos *standards* mínimos de proteção internacional<sup>1002</sup>. Vimos, porém, que o tratamento mínimo internacional corresponde apenas ao mínimo exigido pelos princípios de *ius cogens*. Assim, são vários os autores que referem que, de facto, não decorre das normas de *ius cogens* a proibição de discriminação entre nacionais e estrangeiros<sup>1003</sup>. Se a proibição de discriminação em geral é hoje considerada uma norma de *ius cogens*<sup>1004</sup>, isso não abrangeria a distinção baseada na nacionalidade. Nesse sentido, entre nós, RUI MOURA RAMOS refere que os Estados têm o direito quer de recusar ao estrangeiro a aplicação de certas regras que geralmente aplicam aos seus nacionais, quer de lhes impor regras especiais, já que «a discriminação contra o e[estrangeiro] não é proibida pelo direito internacional geral»<sup>1005</sup>. Em sentido semelhante, JORGE MIRANDA refere que as normas de direito internacional não pretendem estabelecer uma homogeneização ou equiparação plena dos cidadãos dos diversos Estados, mas sim, apenas, promover um tratamento razoável dos estrangeiros, como pessoas, à luz da consciência ética universal<sup>1006</sup>. HÉLÈNE LAMBERT refere também que o direito internacional geral não proíbe um Estado de tratar os seus próprios nacionais melhor que os estrangeiros, desde que o *standard* mínimo de proteção destes últimos fique assegurado<sup>1007</sup>.

Estas conclusões apenas dizem respeito ao mínimo de proteção a assegurar aos estrangeiros, derivado do *ius cogens*, e a assegurar por todos os Estados, mesmo na ausência de tratado. Mas já referimos que, com a assinatura dos vários instrumentos de proteção dos direitos humanos, a análise se deve centrar hoje nesses instrumentos, pois são eles que asseguram atualmente o nível mais elevado de proteção a conceder aos estrangeiros pelos diversos Estados signatários.

Assim, há que analisar os instrumentos de proteção dos direitos humanos para saber se deles deriva a consagração de um princípio de proibição de discriminação entre nacionais e estrangeiros.

---

<sup>1002</sup> ANDREAS HANS ROTH, *Minimum Standard...*, p. 122 e DIANA ELLES, *International Provisions...*, p. 7. Lembremos, de resto, que a própria teoria do tratamento nacional não impunha uma igualdade de tratamento absoluta entre estrangeiros e nacionais, podendo haver diferenças de tratamento entre os mesmos. Sobre este ponto, v. IAN BROWNLIE, *Princípios...*, p. 549.

<sup>1003</sup> ALFRED VERDROSS, *Derecho Internacional Publico...*, p. 288, JEAN COMBACAU & SERGE SUR, *Droit International Public...*, p. 374.

<sup>1004</sup> Assim o declarou o Tribunal Internacional de Justiça no caso *Barcelona Traction, Light and Power Company* (Belgium c. Spain), Segunda Fase, *ICJ Reports*, 1970, p. 33-34.

<sup>1005</sup> RUI MOURA RAMOS, “Estrangeiro...”, p. 1215.

<sup>1006</sup> JORGE MIRANDA, *Manual...* Tomo III, p. 141.

<sup>1007</sup> HÉLÈNE LAMBERT, *The Position of Aliens...*, p. 12.



*b) Instrumentos de proteção dos direitos humanos: a não referência expressa à proibição de discriminação em razão da nacionalidade*

Aparentemente, as dúvidas sobre uma eventual proibição da discriminação em função da nacionalidade não são cabalmente resolvidas através da leitura dos instrumentos de proteção dos direitos humanos. De facto, eles contêm cláusulas de proibição de discriminação, mas não se referem expressamente à nacionalidade como um motivo *proibido*<sup>1008</sup>. Nesse sentido, o relatório da Baronesa ELLES sobre disposições internacionais de proteção dos direitos humanos de estrangeiros refere: «*distinction between nationals and aliens may be permitted either because the term “national” has been omitted from the enumeration contained in the “non-discrimination” clauses or because there may be specific provision permitting discrimination on grounds of being a non-national*»<sup>1009</sup>.

A “nacionalidade” não é referida no texto do art. 55.º da Carta das Nações Unidas – a cláusula de proibição de discriminação apenas se refere a distinções baseadas na raça, sexo, língua e religião. Os demais instrumentos também não se referem a “nacionalidade”, embora se refiram a “origem nacional”. Reza assim o art. 2.º da DUDH: «Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação». Semelhantes são ainda as cláusulas constantes do art. 2.º, n.º1 e o art. 26.º do PIDCP<sup>1010</sup>, do art. 2.º, n.º2 do PIDESC, e do art. 2.º, n.º1 da Convenção dos Direitos da Criança, do art. 14.º da CEDH<sup>1011</sup> e do Protocolo n.º 12 desta última, que estende a proibição de discriminação ao gozo de todos os direitos previstos na lei, independentemente de esses direitos se encontrarem ou não consagrados na CEDH<sup>1012</sup>. As distinções expressamente proibidas coincidem com as mencionadas no art. 14.º da CEDH.

---

<sup>1008</sup> Isso não significa negar a aplicação das cláusulas de proibição de discriminação a estrangeiros, no sentido de que os mesmos não podem ser discriminados em razão da origem social, cultural, raça, género, etc. Porém, não se proibiriam as distinções baseadas na nacionalidade.

<sup>1009</sup> DIANA ELLES, *International Provisions...*, p. 41.

<sup>1010</sup> Sobre uma análise das várias cláusulas de proibição da discriminação ínsitas no PIDCP, v. OLIVIER DE SCHUTTER, “L’Interdiction de Discrimination”... p. 152 e ss. Note-se que, contrariamente ao art. 2.º, que visa proibir discriminações no que toca ao gozo dos direitos estabelecidos no Pacto, o art. 26.º consagra uma garantia autónoma de igualdade, interditando toda a discriminação de facto ou de direito em todos os domínios regulamentados e protegidos pelos poderes públicos. Entre nós, v. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A Igualdade e a Não Discriminação...*, p. 397.

<sup>1011</sup> O art. 14.º é considerado uma cláusula simultaneamente *accessória* e *autónoma* dos demais direitos presentes na Convenção. Ele não proíbe a discriminação em si, mas apenas no que toca ao gozo dos direitos protegidos pela CEDH. Não obstante, a violação do art. 14.º não pressupõe que tenha ocorrido simultaneamente uma violação de um direito garantido pela Convenção. Significa isso que essa norma pode ser violada autonomamente, em relação ao gozo de um direito, mesmo que a substância desse direito em si não tenha sido desrespeitada. Sobre o regime do art. 14.º da CEDH, v. LOUKIS G. LOUCAIDES, *The European Convention...*, p. 55 e ss. OLIVIER DE SCHUTTER, “L’Interdiction de Discrimination”... p. 154 e ss., FRANÇOISE TULKENS, “L’Évolution du Principe de Non-Discrimination...” p. 193 e ss., ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A Igualdade e a Não Discriminação...*, p. 379 e ss., JACOBS & WHITE, *The European Convention...*, p. 419 e ss., e FRÉDÉRIC SUDRE, *Droit Européen...*, p. 269 e ss.

<sup>1012</sup> O Protocolo n.º 12 foi assinado a 4 de novembro de 2000 e entrou em vigor na ordem jurídica internacional em 01/04/2005. Note-se que Portugal assinou o Protocolo a 04/11/2000, mas, à data de julho de 2015 ainda não tinha procedido à ratificação do mesmo, de acordo com a lista de ratificações publicada no *site* do Conselho da Europa (<http://conventions.coe.int/>). Sobre o Protocolo n.º 12, em geral, v. LOUKIS G. LOUCAIDES, *The*

Ainda no seio do Conselho da Europa, importa mencionar a Carta Social Europeia. O art. E, incluído na Parte V da Carta, contém uma cláusula geral de proibição de discriminação, aplicável à generalidade dos direitos previstos na CSE. De acordo com a mesma, os direitos previstos na Carta devem ser garantidos sem discriminação baseada em qualquer motivo, como a raça, a cor, sexo, linguagem, religião, opiniões políticas ou outras, origem social ou nacional, saúde, pertença a minoria nacional, nascimento ou outro.

Poder-se-á interpretar a referência a “origem nacional”, feita pelos diversos instrumentos mencionados, como sinónimo de “nacionalidade”? Essa parece ser a posição de JEAN-YVES CARLIER, que equipara as duas noções<sup>1013</sup>. No entanto, dos trabalhos preparatórios da DUDH decorre que o termo “origem nacional” não era considerado sinónimo de nacionalidade. Com esse termo não se visava abranger os estrangeiros, mas sim as distinções entre nacionais nascidos no país e os que adquiriram a nacionalidade por naturalização<sup>1014</sup>. Outros autores referem ainda que “origem nacional” visa referir à pertença a uma nação construída com elementos culturais e sociais<sup>1015</sup>, ou a diferentes grupos étnicos ou nacionais dentro de um mesmo Estado<sup>1016</sup>, por contraposição à nacionalidade, enquanto vínculo jurídico entre os cidadãos e determinado Estado. Neste contexto, a proibição de discriminação em função da origem nacional visaria abranger, por exemplo, a proibição da discriminação em relação a determinadas minorias étnicas<sup>1017</sup>. Ora, tendo a DUDH servido de fonte de inspiração dos demais instrumentos, julgamos que o termo “origem nacional” por estes últimos deve revestir o mesmo significado que na DUDH. E, neste ponto, julgamos fazer mais sentido a referida distinção resultante trabalhos preparatórios, entre “nacionais de origem” e “naturalizados”, já que a distinção com base na etnia merece referência autónoma em muitos destes instrumentos.

Por seu turno, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial de 1968<sup>1018</sup> refere no art. 1.º, n.º2: «Esta Convenção não se aplicará às distinções, exclusões, restrições e preferências feitas por um Estado-Parte entre cidadãos e

---

*European Convention...*, p. 56 e 65, JACOBS & WHITE, *The European Convention...*, p. 429 e ss. e, entre nós, ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A Igualdade e a Não Discriminação...*, p. 386 e ss.

<sup>1013</sup> JEAN-YVES CARLIER, “L’Europe et les Étrangers...”, p. 267.

<sup>1014</sup> DIANA ELLES, *International Provisions...*, p. 15.

<sup>1015</sup> MARÍA DÍAZ CRÉGO, “El Derecho a no ser discriminado...”, p. 128.

<sup>1016</sup> BRUNO NASCIBENE, *Il Trattamento dello Straniero...*, p. 152 e ANN DUMMET & ANDREW NICOL, *Subjects, Citizens...*, p. 268.

<sup>1017</sup> EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE NON-DISCRIMINATION FIELD, *Links between Migration...*, p. 13. Sobre a proibição de discriminação em relação a minorias étnicas, importa ter presente a Convenção-Quadro do Conselho da Europa para a Proteção das Minorias Nacionais, que foi aberta para assinatura a 1 de fevereiro de 1995 e entrou em vigor a 1 de fevereiro de 1998. Foi aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 42/2001, de 25 de junho, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República, n.º 33/2001, de 20 de fevereiro, de 25 de junho. Importa ainda referir a Recomendação 1201 (1993) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, que define “minorias nacionais” como um grupo de pessoas que reside temporariamente num Estado e são cidadãos do mesmo, mas partilham características étnicas, culturais religiosas, ou linguísticas distintivas, e encontram-se em menor número que o resto da população do Estado. Cf. Recomendação 1201 (1993) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, *on an additional protocol on the rights of national minorities to the European Convention on Human Rights*, de 01/02/1993.

<sup>1018</sup> A Convenção foi adotada e aberta à assinatura e ratificação pela resolução 2106 (XX) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 21 de dezembro de 1965. Foi aprovada para adesão pela Lei n.º 7/82, de 29 de abril. Entrou em vigor na ordem jurídica portuguesa a 23/09/1982. Portugal aderiu ao mecanismo previsto no art. 14.º da Convenção, reconhecendo ao então alto Comissariado para a Imigração e Minorias Étnicas a autoridade de receber e examinar as queixas de pessoas que alegassem sofrer alguma violação dos direitos previstos na Convenção (Aviso n.º 95/2001, de 3 de agosto).

não-cidadãos». Para além disso, ressalva as disposições legislativas dos Estados relativas à nacionalidade, à cidadania ou à naturalização, desde que essas disposições não sejam discriminatórias para uma dada nacionalidade (art. 1.º, n.º3).

Estarão assim as distinções entre nacionais e estrangeiros na livre disponibilidade dos Estados? Julgamos que não. Desde logo, as diferenças de tratamento baseadas na nacionalidade podem constituir uma forma de discriminação indireta baseada nos motivos expressamente enumerados pelos vários instrumentos, como a raça, origem étnica ou religião<sup>1019</sup>. Por outro lado, como decorre da letra destes preceitos, e como têm defendido vários autores, as listas dos motivos proibidos de discriminação são apenas ilustrativas e exemplificativas<sup>1020</sup>. Todas elas admitem a extensão a outras situações. Nessas outras situações poderá abranger-se a nacionalidade<sup>1021</sup>. Parece ser esse, inclusivamente uma dos “outras situações” que os autores dos tratados tinham em vista. A Baronesa ELLES refere precisamente que os trabalhos preparatórios da DUDH demonstram a preocupação com distinções entre nacionais e estrangeiros<sup>1022</sup>.

A situação do PIDESC face a esta problemática é particularmente digna de nota, já que o art. 2.º, n.º 3, estabelece, logo após a enumeração dos motivos proibidos de discriminação, que «[o]s países em vias de desenvolvimento, tendo em devida conta os direitos humanos e a respectiva economia nacional, podem determinar em que medida garantirão os direitos económicos no presente Pacto a não nacionais»<sup>1023</sup>. Ora, a necessidade de referência expressa a esta exceção logo a seguir à enunciação dos motivos proibidos de discriminação, pode sustentar que, à partida, a distinção entre nacionais e estrangeiros estaria abrangida pela proibição.

Tem sido, de resto, esse o entendimento dos órgãos de controlo pelo respeito dos direitos humanos, como expresso em vários comentários gerais.

Assim, o Comité dos Direitos Humanos, no comentário geral n.º 15 relativo à posição dos estrangeiros face ao PIDCP<sup>1024</sup> sublinhou: «*[t]he general rule is that each one of the rights of the Covenant must be guaranteed without discrimination between citizens and aliens*». As únicas exceções seriam as respeitantes aos direitos apenas aplicáveis a nacionais. É a essa luz que deve ser lido, por seu turno, o comentário geral n.º 18 relativo ao princípio da não discriminação<sup>1025</sup>. Neste último, o Comité considerou que o termo “discriminação” utilizado no Pacto devia

---

<sup>1019</sup> Assim já o referiu o Comité para a Eliminação Racial na dec. de 17/03/1999, *Ziad Ben Ahmed Habassi c. Dinamarca*, comunicação n.º 10/1997. Sobre este ponto, v. EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE NON-DISCRIMINATION FIELD, *Links between Migration...*, p. 20 e ss.

<sup>1020</sup> RICHARD LILLICH, *The Human Rights of Aliens...*, p. 43, BRUNO NASCIBENE, *Il Trattamento dello Straniero...*, p. 148, JEAN-FRANÇOIS RENUCCI, *Droit Européen...*, p. 108 e ss., JACOBS & WHITE, *The European Convention...*, p. 418. Os últimos autores referem que a versão francesa do art. 14.º da CEDH, em particular, que ressalva “*toute autre situation*”, é mais ampla que a versão inglesa, que limita os demais motivos proibidos de discriminação a “*other status*”, já que esta última limitaria os motivos proibidos de distinção àqueles que estivessem relacionados com características pessoais.

<sup>1021</sup> Sublinhando, porém, que a “nacionalidade” tem sido evitada no campo dos direitos humanos como um fundamento proibido de discriminação, ELSPETH GUILD, *The Legal Elements...*, p. 206.

<sup>1022</sup> DIANA ELLES, *International Provisions...*, p. 15.

<sup>1023</sup> Alguns autores criticam esta disposição, referindo que ela legitima e potencia a existência de diferentes níveis de proteção entre os países desenvolvidos e os países em vias de desenvolvimento. Refere-se ainda a difícil concretização do conceito “países em vias de desenvolvimento”. Cf. DIANA ELLES, *International Provisions...*, p. 16.

<sup>1024</sup> Comentário Geral n.º 15, *The position of aliens under the Covenant*, de 30/09/1986.

<sup>1025</sup> Comentário Geral n.º 18, *Non Discrimination*, de 10/11/1989.

entender-se como abrangendo toda a distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em determinados motivos que tivesse por objecto ou por resultado anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, dos direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas. O Comité lembrou que os motivos proibidos de discriminação não se limitavam aos enumerados no texto do PIDCP.

O Comité para a Eliminação da Discriminação Racial também se tem referido à proibição da discriminação em função da nacionalidade, nomeadamente no comentário geral n.º 13, de 1999, sobre direito à educação<sup>1026</sup> e no comentário n.º 15, de 2003, sobre direito à água<sup>1027</sup>. Em 2004 adoptou a recomendação geral n.º 30 sobre discriminação contra não nacionais<sup>1028</sup>. Nesta recomendação, sublinha que o art. 1.º, 2º parágrafo, da Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial devia ser interpretado de forma a evitar o enfraquecimento da interdição fundamental de discriminação. Confirmou que os Estados podiam estabelecer distinções entre nacionais e não nacionais, mas desde que tais distinções não produzissem o efeito limitar o gozo por parte dos não nacionais de direitos plasmados noutros instrumentos, como a DUDH, o PIDCP e o PIDESC. Assim, refere: «[a]rticle 5 of the Convention incorporates the obligation of States parties to prohibit and eliminate racial discrimination in the enjoyment of civil, political, economic, social and cultural rights. Although some of these rights, such as the right to participate in elections, to vote and to stand for election, may be confined to citizens, human rights are, in principle, to be enjoyed by all persons. States parties are under an obligation to guarantee equality between citizens and non-citizens in the enjoyment of these rights to the extent recognized under international law»<sup>1029</sup>. Nesse seguimento, sublinhou que a diferenciação de tratamento em função da nacionalidade podia constituir discriminação se o critério para tal diferenciação fosse incompatível com os objetivos da Convenção ou desproporcionado em relação aos fins visados. Nas palavras de OLIVIER DE SCHUTTER, esta recomendação veio introduzir um «parêntesis» no art. 1.º, n.º2, da Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial<sup>1030</sup>.

No que toca ao Protocolo n.º 12 anexo à CEDH, as notas explicativas do mesmo corroboram a consideração de que a nacionalidade é um dos motivos proibidos de discriminação, já que utilizam, precisamente, o exemplo da nacionalidade para ilustrar a diferença entre distinção razoável e distinção de tratamento não justificada<sup>1031</sup>.

Por fim, a CSE consagra, no art. 19.º o direito dos trabalhadores migrantes de um Estado-Parte a um «tratamento não menos favorável» do que o concedido aos nacionais, no que respeita à remuneração e outras condições de emprego e de trabalho, à filiação em organizações sindicais, à fruição dos benefícios resultantes de convenções coletivas e à habitação.

Assim, apesar de a enumeração contida nas cláusulas de proibição de discriminação dos instrumentos de proteção dos direitos humanos não o referir expressamente, os referidos

<sup>1026</sup> Comentário Geral n.º 13, *The right to education*, de 08/12/1999.

<sup>1027</sup> Comentário Geral n.º 15, *The right to water*, de 20/01/2003.

<sup>1028</sup> Recomendação Geral n.º 30, *Discrimination against Non Citizens*, 19/08/2004.

<sup>1029</sup> De notar que, antes mesmo desta recomendação, já a doutrina interpretava restritivamente o art. 1.º, n.º2, da Convenção. Assim, BRUNO NASCIBENE referia que essa cláusula visava apenas ressaltar as distinções entre nacionais e estrangeiros em geral admitidas pelo direito internacional. Cf. *Il Trattamento dello Straniero...*, p. 163.

<sup>1030</sup> OLIVIER DE SCHUTTER, “L’Interdiction de Discrimination”... p. 192.

<sup>1031</sup> Reza assim o §9: «Dans le droit de la plupart, sinon de la totalité des États membres du Conseil de l’Europe, certaines distinctions fondées sur la nationalité sont par exemple opérées quant à certains droits ou prestations. Les situations dans lesquelles de telles distinctions sont parfaitement acceptables sont suffisamment couvertes par la signification même de la notion de “discrimination” telle qu’elle est décrite au paragraphe 18 ci-dessus, puisque des distinctions pour lesquelles existe une justification objective et raisonnable ne constituent pas une discrimination».

instrumentos não excluem a possibilidade de abranger a proibição dessa discriminação. E de facto, a interpretação dos mesmos pelos organismos respetivos tem permitido novos desenvolvimentos, no sentido de que a diferenciação entre nacionais e não nacionais tenha de ser justificada se afetar um dos direitos previstos nesses instrumentos.

*c) Jurisprudência dos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos*

*§1. Comité dos Direitos Humanos das Nações Unidas*

O Comité dos Direitos Humanos das Nações Unidas emitiu poucas decisões sobre a proibição de distinção em razão da nacionalidade à luz do art. 26.º do PIDCP.

No caso *Gueye e outros c. França*, considerou que o facto de a lei francesa prever uma forma diferente de cálculo das pensões para os militares de carreira de nacionalidade senegalesa que haviam servido a França constituía uma discriminação proibida pelo Pacto<sup>1032</sup>. Nesse caso a distinção fundava-se na nacionalidade dos autores, adquirida posteriormente após a independência do país. O Comité entendeu que a nacionalidade se podia subsumir à referência a “condição social”, contida no preceito. Mais considerou que a distinção não era objetiva e razoável, já que o critério a presidir à determinação dos montantes das pensões de reforma deveria ser apenas o serviço prestado. A esta decisão, seguiu-se uma série de decisões relativas à legislação checa que previa a restituição de bens confiscados durante a época comunista unicamente a cidadãos checos. O Comité considerou que a exclusão de não cidadãos não era compatível com o art. 26.º do Pacto, sublinhando não existir qualquer motivo razoável e objetivo que justificasse a diferença de tratamento das vítimas em função da nacionalidade<sup>1033</sup>.

Já no caso *Van Oord c. Países Baixos*, o Comité considerou que um tratado internacional que instituiu um tratamento preferencial em relação aos nacionais dos Estados contratantes poderia constituir um critério objetivo e razoável de diferenciação<sup>1034</sup>.

Por seu turno, no caso *Karakurt c. Áustria* considerou que uma lei austríaca que reservava aos austríacos e aos nacionais de Estados-Membros da UE e do EEE a possibilidade de pertencerem a um conselho de empresa era discriminatória para os efeitos do art. 26.º do PIDCP<sup>1035</sup>. O Comité considerou que a referida distinção carecia de qualquer justificação razoável, já que as funções do conselho de empresa eram restritas à promoção dos interesses do pessoal e à defesa pelo respeito das condições de trabalho. Neste caso, apesar de o tratamento preferencial de certas categorias de estrangeiros derivar de vinculações internacionais, isso não obstou a que o Comité dos Direitos Humanos declarasse a existência de discriminação de tratamento.

---

<sup>1032</sup> Dec. de 03/04/1989, *Ibrahim Gueye e outros c. França*, comunicação n.º 196/1985.

<sup>1033</sup> V., entre muitos outros, a dec. de 19/06/1995, *Simunek c. República Checa*, comunicação n.º 516/1992, dec. de 12/06/2001, *Blažek c. República Checa*, comunicação n.º 857/1999, dec. de 24/03/2009, *Persan c. República Checa*, comunicação n.º 1479/2006.

<sup>1034</sup> Dec. de 23/07/1997, *Van Oord c. Países Baixos*, n.º 658/1995.

<sup>1035</sup> Dec. de 04/04/2002, *Karakurt c. Áustria*, comunicação n.º 965/2000.

## §2. Comité para a Eliminação da Discriminação Racial

No que toca ao Comité para a Eliminação da Discriminação Racial, as decisões emanadas têm reforçado o entendimento atrás explanado da Recomendação Geral n.º 30. No caso *D.R. c. Austrália*<sup>1036</sup>, o Comité analisou se a exclusão de um nacional da Nova Zelândia do acesso a direitos sociais e à educação na Austrália constituía uma discriminação proibida com base na origem nacional. O Comité considerou que, nesse caso, não se verificava tal discriminação, já que bastava ao requerente adquirir o estatuto permanente para lhe serem reconhecidos os referidos direitos<sup>1037</sup>.

## §3. Órgãos de garantia da CEDH

Os juízes do TEDH também têm vindo a aplicar a proibição de discriminação prevista no art. 14.º às situações de discriminação em função da nacionalidade.

Foi em 1996, no caso *Gaygusuz*, que pela primeira vez o TEDH considerou que a distinção de tratamento baseada exclusivamente na nacionalidade constituía violação do art. 14.º da CEDH<sup>1038</sup>. O Tribunal chegou mesmo a afirmar: «*seules des considérations très fortes peuvent amener (...) à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité*». Esta orientação foi depois reafirmada nos casos *Lucksak*<sup>1039</sup> e *Andrejeva*<sup>1040</sup>. Neste último caso, foi recusada à recorrente parte de uma pensão por ter trabalhado fora da Letónia e não ser cidadã do país. O TEDH não aceitou o argumento do Governo no sentido de que seria suficiente à recorrente ter-se naturalizado para receber o montante da pensão a que tinha direito. Para tal, sublinhou que a proibição de discriminação prevista no art. 14.º da CEDH só faz sentido se se garantir a igualdade das pessoas tendo em consideração as suas características efetivas e atuais. Usar o argumento de que a vítima poderia ter evitado a

---

<sup>1036</sup> Dec. de 14/08/2009, *D.R. c. Austrália*, comunicação n.º 42/2008. V., no mesmo sentido, a Dec. de 22/02/2008, *D.F. c. Austrália*, queixa n.º 039/2006.

<sup>1037</sup> Para mais referências sobre a jurisprudência do Comité neste ponto, v. DAVID WEISSBRODT, *Working Paper...*, § 39 e ss.

<sup>1038</sup> Dec. de 16/09/1996, *Gaygusuz c. Áustria*, queixa n.º 17371/90. Em discussão estava uma lei austríaca que excluía os estrangeiros do acesso a determinadas prestações de desemprego. A distinção era baseada exclusivamente no facto de o recorrente não possuir a nacionalidade austríaca. O TEDH sublinhou que o mesmo havia contribuído da mesma forma que os nacionais para o sistema de segurança nacional, pagando atempadamente todas as contribuições, pelo que estaria na mesma posição que os nacionais no que toca ao gozo dos benefícios sociais. Assim, considerou que a decisão do Estado recorrido violava o direito de propriedade (previsto no art. 1.º do Protocolo n.º 1) e o princípio da proibição da discriminação (art. 14.º).

<sup>1039</sup> Dec. de 27/11/2007, *Lucksak c. Polónia*, queixa n.º 77782/01. O TEDH considerou ser contrária à CEDH (por violação do art. 14.º, em conjunto com o art. 1.º do Protocolo n.º 1) a não admissão de um estrangeiro no sistema de previdência previsto para os agricultores.

<sup>1040</sup> Dec. de 18/02/2009, *Andrejeva c. Letónia*, queixa n.º 55707/00, em que mais uma vez o TEDH considerou existir uma violação do art. 1.º do protocolo n.º 1, combinado com o art. 14.º, no que toca às condições de acesso a prestações sociais por parte de estrangeiros. Para uma análise detalhada, v. MARÍA DÍAZ CREGO, “El Derecho a no ser discriminado...” , p. 137.

discriminação alterando um dos fatores em questão – no caso, a nacionalidade –, esvaziaria de conteúdo o art. 14.º.

Mais recentemente, o TEDH considerou que a cobrança de taxas para frequência do ensino secundário a estrangeiros na Bulgária violava o art. 14.º, por ter como único fundamento a nacionalidade estrangeira dos alunos<sup>1041</sup>. Nesta sequência, o TEDH tem considerado que os direitos sociais – quer contributivos, quer não contributivos – devem ser concedidos independentemente de considerações ligadas à nacionalidade.

Aqui podemos testemunhar a posição progressista do TEDH. Mais do que constatar que as discriminações entre nacionais e estrangeiros se encontram abrangidas pelo art. 14.º da CEDH, este órgão vai mais longe, erigindo o critério da nacionalidade como um critério de distinção “suspeito”<sup>1042</sup>. O TEDH utilizou uma expressão semelhante à que já havia usado em relação às distinções em razão do sexo, quer no que toca à nacionalidade quer, mais recentemente, à situação administrativa da pessoa. O conjunto de “critérios suspeitos” de distinção reporta-se à ideia de que esses fatores não podem ser usados como fundamentos de distinção sem que existam razões “particularmente imperiosas” ou “considerações particularmente graves”<sup>1043</sup>. Isso significa que a nacionalidade ou a situação administrativa das pessoas são, *a priori*, critérios de distinção desprovidos de justificação objetiva e razoável, sendo necessárias razões suplementares, imperiosas, para que a distinção se justifique. JEAN-YVES CARLIER refere mesmo que os critérios qualificados como “suspeitos” geram verdadeiras presunções de discriminação<sup>1044</sup>.

Face a estas evoluções, alguns autores referem que se pode retirar do art. 14.º um princípio geral de assimilação do estrangeiro ao nacional<sup>1045</sup>. Este facto, aliado ao princípio da universalidade consagrado no art. 1.º, leva alguns autores a afirmar ainda que a CEDH repousa, no que toca à situação do estrangeiro, num princípio essencial: o de que toda a discriminação entre nacional e não nacional é proibida<sup>1046</sup>. Já BOZA MARTÍNEZ considera que a CEDH não consagra um princípio de não discriminação em função da nacionalidade<sup>1047</sup>. O autor cita uma decisão da ComEDH onde se refere que o estatuto de “estrangeiro” pode, em si mesmo, comportar uma justificação objetiva e razoável para um tratamento diferenciado no âmbito da legislação de imigração<sup>1048</sup>. No entanto, o autor refere-se a um direito – o direito de entrada e permanência no território – que não é reconhecido, sem mais, a estrangeiros. Ora, o princípio da proibição da discriminação só valerá no que toca a direitos que não constituem exceções ao princípio da universalidade.

---

<sup>1041</sup> Dec. de 21/06/2011, *Ponomaryovi c. Bulgaria*, queixa n.º 5335/05.

<sup>1042</sup> JEAN-FRANÇOIS FLAUSS, “L’Étranger, entre Souveraineté...”, p. 68, e OLIVIER DE SCHUTTER, “L’Interdiction de Discrimination”... p. 191.

<sup>1043</sup> FRANÇOISE TULKENS, “L’Évolution du Principe de Non-Discrimination...”, p. 201. A noção de categoria “suspeita” surgiu na jurisprudência da *Supreme Court* dos EUA em relação à aplicação da *equal protection clause* da 14ª Emenda. Como refere ANA MARIA GUERRA MARTINS, “categoria suspeita” é aquela que usa critérios diferenciadores do tratamento que a dignidade humana impede que sejam tidos como razoáveis. Cf. *A Igualdade e a Não Discriminação...*, p.99.

<sup>1044</sup> JEAN-YVES CARLIER, “L’Europe et les Étrangers...”, p. 267. Em sentido semelhante, também GUY S. GOODWIN-GILL, *International Law...*, p. 86.

<sup>1045</sup> FRANÇOIS RIGAUX, “L’Immigration...”, p. 710 e HELENE LAMBERT, *The Position of Aliens...*, p. 15.

<sup>1046</sup> YVES MADIOT, “Un Statut Européen ...”, p. 42.

<sup>1047</sup> DIEGO BOZA MARTÍNEZ, *Los Extranjeros...*, p. 38 e ss.

<sup>1048</sup> Decisão de 17/12/1976, no caso *Agee c. Reino Unido*, queixa n.º 7729/76

Assim, consideramos que as afirmações do TEDH são bem ilustrativas de como a discriminação em função da nacionalidade é proibida pela Convenção<sup>1049</sup>. Porém, isso não significa que a mesma exige uma igualdade de tratamento plena dos estrangeiros em relação aos nacionais. De facto, tem sido entendimento do TEDH que o art. 14.º da CEDH apenas proíbe tratamentos *discriminatórios*<sup>1050</sup>. Apesar da versão francesa dessa norma se referir a “*sans distinction aucune*”, (aliás, tal como a portuguesa, que proíbe “*quaisquer distinções*”) o TEDH tem referido que esta expressão deve ser lida à luz da versão inglesa, mais restrita, que refere antes “*without discrimination*”<sup>1051</sup>. No *leading case Regime Linguístico do Ensino na Bélgica*, o TEDH definiu os requisitos que uma distinção tem de cumprir para não ser arbitrária e, por isso, ser admissível<sup>1052</sup>. Ela terá de possuir uma justificação objetiva e razoável e prosseguir uma finalidade legítima<sup>1053</sup> e, por fim, terá de existir uma relação de proporcionalidade entre os meios empregues e a finalidade prosseguida. Por fim, o TEDH tem ainda referido só se colocar um problema de distinções de tratamento quando os dois grupos em causa se encontrem situação comparável<sup>1054/1055</sup>.

O TEDH tem invocado que os Estados mantêm uma certa “margem de apreciação” no que toca a avaliar se e em que medida se pode justificar um tratamento diferenciado, já que se encontrariam em melhor posição para avaliar da adequação dos meios aos fins<sup>1056</sup>. Porém, compete sempre ao TEDH emitir a pronúncia final no que toca à admissibilidade da distinção. Para além do mais, a margem de apreciação é mais limitada nos casos em que estejam em causa motivos de distinção tidos como “suspeitos”<sup>1057</sup>. Aí, o TEDH controla o respeito pelo princípio da proporcionalidade de forma mais estrita<sup>1058</sup>. Assim, a margem de apreciação nacional para distinções baseadas na nacionalidade é restrita, pelo que apenas razões muito imperiosas (e não apenas meramente objetivas e razoáveis) podem justificar uma distinção de tratamento.

---

<sup>1049</sup> No mesmo sentido, EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE NON-DISCRIMINATION FIELD, *Links between Migration...*, p. 8.

<sup>1050</sup> DIEGO BOZA MARTÍNEZ considera que a cláusula de proibição de discriminação da CEDH foi sendo enfraquecida, desde a ideia inicial de consagração de um princípio da igualdade pelos autores da CEDH, até ao texto que apenas refere «proibição da discriminação», e que na prática se traduziu, com a jurisprudência dos órgãos de garantia da CEDH, numa simples proibição de arbitrariedade. Cf. *Los Extranjeros...*, p. 29.

<sup>1051</sup> JACOBS & WHITE, *The European Convention...*, p. 416. No sentido de que se deveria ter preferido o sentido do texto francês, DIEGO BOZA MARTÍNEZ, *Los Extranjeros...*, p. 31.

<sup>1052</sup> Dec. de 23/07/1968, caso “*relative a certains aspects du regime linguistique de l’enseignement en Belgique*”, queixas n.º 1474/62 ; 1677/62 ; 1691/62 e outras.

<sup>1053</sup> Essa justificação objetiva terá de derivar de um interesse público. Assim, JACOBS & WHITE, *The European Convention...*, p. 417.

<sup>1054</sup> Sobre este ponto, v. MARÍA DÍAZ CRÉGO, “El Derecho a no ser discriminado...”, p. 134. A autora refere que raramente se considera que estrangeiros e nacionais estão em situação análoga.

<sup>1055</sup> Sobre os critérios, em geral, de avaliação da legitimidade de uma distinção, v. ROBERTO BIN, “Art. 14.º...”, p. 422, LOUKIS G. LOUCAIDES, *The European Convention...*, p. 63 e ss., JACOBS & WHITE, *The European Convention...*, p. 413 e ss., JEAN-FRANÇOIS RENUCCI, *Droit Européen...*, p. 108 e ss., DIEGO BOZA MARTÍNEZ critica estes critérios, que diz serem os mesmos para a análise da legitimidade de restrições aos direitos previstos na CEDH. V. *Los Extranjeros...*, p. 36 e ss.

<sup>1056</sup> HÉLÈNE LAMBERT, *The Position of Aliens...*, p. 13.

<sup>1057</sup> JACOBS & WHITE, *The European Convention...*, p. 429.

<sup>1058</sup> MARÍA DÍAZ CRÉGO, “El Derecho a no ser discriminado...”, p. 148.



Ainda assim, julgamos que a proibição da discriminação em razão da nacionalidade é ainda tímida. Assim, tomemos em conta o caso *Bigaeva*<sup>1059</sup>, em que o TEDH considerou que a exigência de nacionalidade grega para o exercício da profissão de advogado na Grécia não podia considerar-se uma discriminação em razão da nacionalidade, na medida em que a profissão em causa exigia características particulares que justificavam a exclusão dos não nacionais do exercício da profissão. O TEDH não aplicou o teste estrito de proporcionalidade usado noutros casos respeitantes à violação do art. 14.<sup>o</sup><sup>1060</sup>.

Alguns autores invocam que não se pode aspirar a um alinhamento integral do regime jurídico dos estrangeiros com o dos nacionais, já que isso equivaleria a negar a soberania dos Estados e a ligação privilegiada existente entre estes e os seus nacionais<sup>1061</sup>. No entanto, algumas diferenças de tratamento entre nacionais e estrangeiros são consideradas legítimas pelo simples facto de se reportarem a direitos que os próprios instrumentos de proteção dos direitos humanos reservam aos cidadãos nacionais, e que, por isso, consubstanciam uma exceção ao princípio da universalidade. Está nessa situação, como se viu, o direito de acesso ao território estadual que, como vimos, é um direito que, à partida, é da exclusiva titularidade dos cidadãos nacionais, pelo que a restrição do movimento de estrangeiros nas fronteiras estaduais é tido como justificado<sup>1062</sup>. A aceitação de um poder de controlo da imigração dos estrangeiros (mas não obviamente dos nacionais) é, pois, uma distinção de tratamento que tem sido considerada justificada pelos motivos expostos na Parte I<sup>1063</sup>. Também os direitos políticos e de acesso a cargos públicos constituem direitos tradicionalmente reservados aos cidadãos nacionais e, por isso, em relação aos quais não se aplica a proibição de discriminação em função da nacionalidade<sup>1064</sup>.

Para além das situações em que os instrumentos de proteção dos direitos humanos expressamente reservem direitos aos cidadãos nacionais, outras distinções de tratamento podem ser admitidas, embora mais restritivamente. Em alguns arestos o TEDH já considerou justificadas distinções de tratamento entre nacionais e estrangeiros em relação a direitos que, à partida, seriam da titularidade de ambos. Esse foi o caso de uma lei belga que reservava o gozo de benefícios sociais apenas para as vítimas judias e ciganas da IIª Guerra Mundial que possuíssem a nacionalidade belga. O Tribunal considerou que essa distinção não era incompatível com o art. 14.º da CEDH, pois, tendo em conta o contexto da lei em causa, deveria ser reconhecido *in casu* uma maior margem de apreciação ao Estado<sup>1065</sup>.

Podemos dividir os vários direitos consagrados nos instrumentos de proteção dos direitos humanos em diferentes categorias, consoante a possibilidade de realização de distinções em relação a estrangeiros: na primeira, incluir-se-iam aqueles direitos que têm de ser reconhecidos de forma igual a nacionais e a estrangeiros, seja porque o direito em causa é absoluto, seja porque uma distinção nesses direitos nunca poderia ser considerada razoável ou proporcional<sup>1066</sup>. Na segunda, incluir-se-iam alguns direitos que permitem distinções entre

---

<sup>1059</sup> Dec. de 28/05/2009, *Bigaeva c. Grécia*, queixa n.º 26713/05.

<sup>1060</sup> MARÍA DÍAZ CRÉGO, “El Derecho a no ser discriminado...”, p. 138.

<sup>1061</sup> Assim, FRANÇOIS JULIEN-LAFERRIERE, “Droit des Étrangers...”, p. 253.

<sup>1062</sup> LINDA BOSNIAK, “Human Rights, State Sovereignty...”, p. 331.

<sup>1063</sup> Cf. *supra*, Parte I, Capítulo IV, ponto 2. Assim, MARK. BELL, “Invisible Actors?...”, p. 347.

<sup>1064</sup> Cf. *supra*, ponto 2.2.3. do presente capítulo.

<sup>1065</sup> Dec. de 08/01/2008, *Epsteine outros c. Bélgica*, queixa n.º 9717/05.

<sup>1066</sup> Incluir-se-iam aí direitos como o direito à vida, à proibição de tortura, de escravatura, de tratamento desumano de prisioneiros e a proibição de prisão por dívidas. Em sentido semelhante, JOAN FITZPATRICK “The Human Rights...”, p. 173.

nacionais e estrangeiros, desde que respeitados os requisitos da justificação imperativa, de finalidade legítima e da proporcionalidade<sup>1067</sup>. Por fim, numa última categoria estariam os direitos que se encontram expressamente reservados a nacionais, como é o caso dos direitos de fazer parte dos assuntos públicos, e de acesso ao território estadual.

#### §4. *Comité Européen de Droits Sociaux*

O Comité Européen de Droits Sociaux, órgão de garantia da CSE já teve, por diversas vezes, oportunidade de afirmar que determinados direitos, devido à sua fundamentalidade e à sua ligação com a dignidade humana, beneficiam todas as pessoas presentes no território, incluindo os imigrantes em situação irregular. Nesses direitos incluem-se o direito a assistência médica<sup>1068</sup> e o direito à educação<sup>1069</sup>. Num caso de 2004, o Comité analisou uma queixa de uma ONG que invocava que a França excluía a prestação de cuidados médicos a filhos de imigrantes em situação irregular, à exceção do tratamento em casos de emergência ou de ameaça à vida. O Comité referiu que a CSE, enquanto instrumento destinado à proteção de direitos humanos, devia ser interpretada como um «instrumento vivo», de acordo com os seus fins de promoção da dignidade humana, e da igualdade e solidariedade. No caso, o Comité considerou que direito em causa era especialmente ligado ao valor da dignidade humana. Por outro lado, afirmou que quaisquer restrições deviam ser interpretadas de forma estrita. Assim, concluiu que a legislação em causa era contrária ao art. 17.º da Carta, que consagra o direito da criança à proteção do Estado<sup>1070</sup>. A referência à dignidade humana permitiu, assim, ao Comité contornar o âmbito de aplicação da Carta, baseado na reciprocidade. Alguns autores referem que este caso demonstra que as diferenças de tratamento baseadas na nacionalidade são, cada vez mais, proscritas pelo direito internacional, mesmo no que respeita a instrumentos como a CSE, que não têm um âmbito de aplicação universal<sup>1071</sup>.

Note-se, contudo, que o Comité considerou que nem todos os direitos consagrados na mesma são suscetíveis de serem estendidos aos imigrantes em situação irregular. No que toca ao acesso a cuidados médicos por parte dos estrangeiros adultos em situação irregular, o Comité considerou que não tinha existido violação da Carta, uma vez que os mesmos podiam aceder a alguns tipos de assistência médica, após decorridos três meses de residência, e que todos os cidadãos estrangeiros podiam obter tratamento em situações de emergência.

Por outro lado, nas conclusões gerais de 2011, o Comité referiu que o acesso à educação é essencial para a vida e o desenvolvimento de todas as crianças, e que a recusa do acesso a esse direito agrava a vulnerabilidade das crianças em situação irregular. Assim, sublinhou que as crianças, independentemente do seu estatuto de residência, estão abrangidas pelo âmbito

---

<sup>1067</sup> É o caso a proibição de detenção ilegítima, que não exclui a possibilidade de aplicação de medidas de detenção específicas a estrangeiros, no contexto do controlo da imigração. Assim, JOAN FITZPATRICK, “The Human Rights...”, p. 174.

<sup>1068</sup> Dec. de 08/09/2004, *International Federation of Human Rights Leagues c. França*, queixa n.º 14/2003.

<sup>1069</sup> Dec. de 20/10/2009, *Defence for Children International c. Holanda*, queixa n.º 47/2008.

<sup>1070</sup> Dec. de 08/09/2004, *FIDH c. França*, queixa n.º 14/2003.

<sup>1071</sup> Sobre este ponto, v. EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE NON-DISCRIMINATION FIELD, *Links between Migration...*, p. 49.

de aplicação pessoal do art. 17.º, n.º2, pelo que os Estados-Parte estão obrigados a assegurar que as mesmas têm sempre acesso efetivo à educação<sup>1072</sup>.

Por fim, no caso *Defence for Children International c. Holanda*, o Comité analisou o caso de uma legislação que privava as crianças em situação irregular do direito à habitação e de outros direitos previstos na Carta<sup>1073</sup>. O Comité considerou que o despejo de pessoas em situação irregular deveria ser sancionado, por colocá-las em situação de sem-abrigo, contrária ao respeito pela dignidade humana. O Comité referiu ainda que a Carta devia ser interpretada à luz dos demais instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.

### 2.3.2. A proibição de discriminação entre categorias de estrangeiros

Para além da questão da proibição de discriminação entre nacionais e estrangeiros, tem-se ainda discutido a admissibilidade de distinções entre categorias de estrangeiros. Essas distinções podem ter em conta determinadas categorias em função da situação legal dos estrangeiros ou em função de uma nacionalidade concreta.

Alguns autores têm considerado que o direito internacional dos direitos humanos não condena as distinções entre diferentes categorias de estrangeiros<sup>1074</sup>. A resposta a esta questão não pode ser linear, tudo dependendo do respeito pelos princípios atrás referidos no que toca à possibilidade de estabelecimento de distinções.

No que toca, por exemplo à discriminação entre categorias de estrangeiros consoante a nacionalidade, existem várias dúvidas, já que os Estados mantêm por vezes relações de maior proximidade com outros Estados, pretendendo beneficiar os respetivos nacionais. As respostas a esta problemática não têm sido uniformes. Alguma doutrina considera que este tipo de distinções não deve ser admitido devido a um princípio da igualdade dos Estados<sup>1075</sup>. Note-se que o argumento usado ainda se ancora numa conceção do direito internacional clássico, assente exclusivamente em considerações respeitantes ao ator “Estado”.

O TEDH, por seu turno, já foi chamado várias vezes a pronunciar-se sobre a legitimidade de um tratamento mais favorável dos cidadãos da UE em relação aos demais estrangeiros no que toca aos direitos de entrada e de residência nos territórios dos Estados-Membros. O TEDH considerou que tais distinções eram legítimas<sup>1076</sup>. Porém, noutros casos, condenou a distinção entre diferentes categorias de estrangeiros. Por exemplo, no caso *Koua Poirrez*, afirmou que a diferença de tratamento em relação a prestações sociais entre nacionais de países que tivessem assinado uma convenção de reciprocidade e os demais estrangeiros não assentava numa justificação objetiva e razoável<sup>1077</sup>. Esta decisão do TEDH foi extremamente

---

<sup>1072</sup> COMITE EUROPEU DOS DIREITOS SOCIAIS, Conclusões 2011, Introdução Geral, p. 6.

<sup>1073</sup> Dec. de 20/10/2009, *Defence for Children International c. Holanda*, queixa n.º 47/2008.

<sup>1074</sup> JEAN-FRANÇOIS FLAUSS, “L’Étranger, entre Souveraineté...”, p. 69.

<sup>1075</sup> JEAN COMBACAU & SERGE SUR, *Droit International Public...*, p. 374.

<sup>1076</sup> Dec. 18/02/1991, *Moustaquim c. Bélgica*, queixa n.º 12313/86, Dec. de 07/08/1996, *Chorfi c. Bélgica*, queixa n.º 21794/93 e Dec. de 17/01/ 2006, *Aristimuño Mendizabal c. França*, queixa n.º 51431/99.

<sup>1077</sup> Dec. de 30/09/2003, *Koua Poirrez c. França*, queixa n.º 40892/98. Em causa estava a negação a um estrangeiro do direito a uma prestação social por incapacidade para o trabalho. O facto de a mesma não se basear num regime não contributivo não foi considerado motivo suficiente para justificar a distinção. Essa jurisprudência foi reafirmada na dec. de 18/02/2009, *Andrejeva c. Letónia*, queixa n.º 55707/00, e na dec. de 08/04/2014, *Dhabbi c. Itália*, queixa n.º 17120/09.

importante e progressista, pois colocou em causa o critério da reciprocidade, tradicionalmente usado em matéria de estatuto e direitos reconhecidos aos estrangeiros. De facto, já o Comité dos Direitos Humanos das N.U. adotou uma posição mais tradicional quanto a este ponto, admitindo a compatibilidade do princípio da reciprocidade com o art. 26.º do PIDCP, por considerar que o mesmo fundava uma justificação razoável de diferença de tratamento<sup>1078</sup>.

A jurisprudência do TEDH é também pioneira no que toca a distinções com base no estatuto administrativo do estrangeiro.

No caso *Niedzwiecki*<sup>1079</sup> e no caso *Okpisi*<sup>1080</sup> os recorrentes eram titulares de uma autorização de residência de carácter temporário, e por isso foram excluídos do benefício de uma prestação social, garantida apenas aos residentes permanentes no país. O Tribunal de Estrasburgo considerou que a distinção em causa – dependente do estatuto dos estrangeiros no território – não possuía uma justificação suficiente.

No que toca aos estrangeiros em situação irregular, tradicionalmente invocava-se que o direito internacional autorizava mais amplamente os Estados a estabelecerem distinções de tratamento<sup>1081</sup>. Como a imigração ilegal é um desafio à soberania dos Estados, o estabelecimento de distinções com base na legalidade do estatuto do estrangeiro seria tratado como um substituto dos poderes falhados de controlo da imigração, e justificado com base nesses mesmos poderes soberanos<sup>1082</sup>. Assim, referia-se que a simples qualidade derivada da estadia legal ou ilegal no território era suficiente para estabelecer as mais variadas distinções de tratamento entre estrangeiros, já que essas distinções visariam sempre salvaguardar um bem digno de proteção – a defesa da ordem e o respeito da lei<sup>1083</sup>. Por outro lado, a doutrina referia que o princípio da proibição de discriminação de estrangeiros partia do pressuposto de que o Estado tinha aceite conceder a sua proteção aos mesmos. Assim, o Estado não estaria vinculado a esse princípio se os estrangeiros tivessem entrado no seu território violando as suas leis<sup>1084</sup>.

Estes argumentos foram postos em causa com uma decisão revolucionária do TEDH já atrás referida, emanada no caso *Anakomba Yula*<sup>1085</sup>. No caso, respeitante à negação de apoio judiciário a uma estrangeira ilegalmente residente na Bélgica, este órgão afirmou serem necessárias razões particularmente imperiosas para justificar uma diferença de tratamento entre pessoas que possuíam um título de residência e as pessoas que não possuíam semelhante título<sup>1086</sup>. O TEDH considerou que a negação desse benefício em razão da ilegalidade da estadia do estrangeiro violava o art. 14.º da CEDH. Por outro lado, referiu que só razões particularmente imperiosas poderiam justificar semelhante distinção de tratamento,

---

<sup>1078</sup> Dec. de 23/07/1997, *Oord c. Holanda* comunicação n.º 658/1995.

<sup>1079</sup> Dec. de 25/10/2005, *Niedzwiecki c. Alemanha*, queixa n.º 58453/00.

<sup>1080</sup> Dec. de 25/10/2005, *Okpisi c. Alemanha*, queixa n.º 59140/00.

<sup>1081</sup> VANDENHOLE, WOUTER, “Migration and Discrimination...”, p. 226.

<sup>1082</sup> Nesse sentido, LINDA BOSNIAK, “Human Rights, State Sovereignty...”, p. 332 e KHALID KOSER, *International Migration...*, p.60..

<sup>1083</sup> JUAN MANUEL GOIG MARTÍNEZ, “El Derecho a la Reagrupación...”, p. 252.

<sup>1084</sup> CLEMENT L. BOUVÉ, *A Treatise on the Laws...*, p. 20.

<sup>1085</sup> Dec. de 10/03/2009, *Anakomba Yula c. Bélgica*, queixa n.º 45413/07.

<sup>1086</sup> «Il faut des raisons particulièrement impérieuses pour justifier une différence de traitement entre personnes possédant une carte de séjour et personnes n'en possédant pas».

recuperando a fórmula já anteriormente usada para as discriminações em função do sexo ou, como vimos, mais recentemente, em função da nacionalidade<sup>1087</sup>.

Mais recentemente, porém, o TEDH veio relativizar esta jurisprudência, afirmando que pode ser reconhecido um interesse legítimo aos Estados em limitar o acesso a alguns direitos sociais, que constituam um encargo público, a imigrantes temporários ou em situação irregular, já que, de uma forma geral, estes não contribuem para o financiamento do mesmo<sup>1088</sup>. Por outro lado, um direito social poderá ser restringido a estrangeiros em caso de abuso de direito, *i.e.*, quando os mesmos demonstrem que pretendam imigrar apenas para beneficiar de direitos sociais existentes no país de acolhimento, numa espécie de «turismo social».

Por seu turno, o Comité dos Direitos Sociais, no caso *FIDH c. França* referiu que as diferenças de tratamento baseadas no estatuto legal podiam ser consideradas “suspeitas”, nomeadamente quando estão em causa valores como o da dignidade humana<sup>1089</sup>.

Também nós consideramos que, em geral, a legalidade da estadia não pode consubstanciar um critério por si só válido para a realização de distinções de tratamento. Defender o contrário seria admitir que os Estados teriam o poder de ditar a quem se aplicariam as normas de proteção dos direitos humanos, uma vez que são eles quem determina quem possui um estatuto legal no território<sup>1090</sup>. As únicas exceções admitidas dizem respeito aos direitos que os próprios instrumentos de proteção dos direitos humanos reservam aos estrangeiros em situação regular. Isso não significa que não se possa estabelecer quaisquer distinções de tratamento em função da legalidade da estadia, mas a admissibilidade das mesmas dependerá do respeito pelos requisitos enunciados pela jurisprudência do TEDH, nomeadamente na necessidade de *razões imperiosas* que justifiquem a distinção, para as quais o respeito pela lei de imigração se afigure indispensável. Este princípio é ainda mais relevante quando se trata de distinções referentes as crianças em situação irregular, uma vez que, por um lado, o estatuto das mesmas não lhes é imputável e, por outro lado, tais crianças estarão em situação de necessidade de proteção especial<sup>1091</sup>.

No entanto, a doutrina reconhece que na prática os Estados não demonstram uma aceitação deste princípio, atuando, ao invés, como se fossem livres de estabelecer distinções entre categorias de estrangeiros. São vários os autores que apontam falta de implementação prática quer do princípio da universalidade quer ainda da proibição da discriminação em razão da nacionalidade<sup>1092</sup>. Isso é ainda mais notório quando em causa está o reconhecimento de direitos a estrangeiros em situação irregular no território. Assim, distingue-se, normalmente, entre os estrangeiros em situação legal, que beneficiarão de uma assimilação quase total, e os estrangeiros em situação irregular, que beneficiarão, em regra, de uma assimilação “mínima”<sup>1093</sup>. O que nos remete novamente para as considerações atrás tecidas a

---

<sup>1087</sup> Ver ainda as dec. de 31/03/2009, *Weller c. Hungria*, queixa n.º 44399/05, relativa a uma prestação de maternidade, e a dec. de 29/10/2009, *Si Amer c. França*, queixa n.º 29137/06, relativa a uma pensão complementar de reforma.

<sup>1088</sup> Dec. de 21/06/2011, *Ponomaryovi c. Bulgária*, queixa n.º 5335/05.

<sup>1089</sup> Dec. de 08/09/2004, *FIDH c. França*, queixa n.º 14/2003. Cf. EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE NON-DISCRIMINATION FIELD, *Links between Migration...*, p. 49.

<sup>1090</sup> No mesmo sentido, DORA KOSTAKOPOULOU, “Irregular Migration...”, p. 50.

<sup>1091</sup> Assim, VANDENHOLE, WOUTER, “Migration and Discrimination...”, p. 226.

<sup>1092</sup> JEAN COMBACAU & SERGE SUR, *Droit International Public...*, p. 374, DAVID WEISSBRODT, *Working Paper...*, §80.

<sup>1093</sup> FANNY JACQUELOT, “Les Garanties Nationales et Supranationales...”, p. 262.

propósito do princípio da universalidade, e à conclusão de que, apesar das evoluções sentidas neste contexto, a distinção mais marcante na era contemporânea é a que se estabelece entre pessoas com estatuto legal e pessoas sem estatuto legal<sup>1094</sup>.

#### 2.4. INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS ESTRANGEIROS EM ESPECIAL

O tratamento dos direitos humanos dos estrangeiros tem sofrido uma franca evolução por outra via. O estrangeiro não só beneficia hoje dos direitos consagrados nos instrumentos de proteção dos direitos humanos, mas ainda, em função do seu estatuto particular, de direitos específicos<sup>1095</sup>.

Esses direitos derivam da celebração de várias convenções multilaterais destinadas à proteção dos estrangeiros em particular. A atividade da Organização Internacional do Trabalho (OIT) é, neste contexto, particularmente importante. O Tratado de Versalhes, que lançou os princípios gerais da OIT, referia no art. 427.º que as condições de trabalho previstas na lei deviam ter em atenção o tratamento económico equitativo de todos os trabalhadores legalmente residentes no país. Seguiram-se várias convenções destinadas a proteger em especial os direitos dos trabalhadores estrangeiros<sup>1096</sup>. Particularmente importante neste contexto é a Convenção n.º 97 relativa aos Trabalhadores Migrantes<sup>1097</sup> e a Convenção n.º 143 relativa às Migrações em Condições Abusivas e à Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes<sup>1098</sup>. Ambas as Convenções visam promover o princípio da igualdade de tratamento entre trabalhadores nacionais e estrangeiros. A última convenção é de grande importância, por se aplicar aos imigrantes em situação irregular, e estipular que os Estados devem respeitar os direitos humanos básicos dos estrangeiros que se encontrem nessa situação. Este constituiu o primeiro tratado multilateral a tratar diretamente das questões relacionadas com os imigrantes nessa situação. Ela visa, como o próprio nome indica, prevenir a imigração em condições abusivas e assegurar a paridade de tratamento em matéria de condições de trabalho e de acesso a direitos

---

<sup>1094</sup> SASKIA SASSEN, *Losing Control?*..., p. 52.

<sup>1095</sup> RICHARD PERRUCHOU, refere que estes direitos específicos são como que estratos sucessivos, acumulando-se na base constituída pelo conjunto de direitos inalienáveis da pessoa humana. Cf. *Migrations et Protection*..., p. 73.

<sup>1096</sup> Para uma visão dos vários instrumentos adotados na OIT com relevância para os direitos dos trabalhadores estrangeiros, v. RICHARD LILLICH, *The Human Rights of Aliens*..., p. 69 e ss. DAVID WEISSBRODT, *The Human Rights of Non Citizens*..., p. 183 e ss. e, entre nós, GONÇALO SARAIVA MATIAS & PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS, *A Convenção Internacional*..., p. 21 e ss.

<sup>1097</sup> Adotada pela Conferência Geral da OIT a 1 de julho de 1949. Foi aprovada para ratificação por Portugal pela Lei n.º 50/78, de 25 de julho e entrou em vigor na ordem jurídica portuguesa a 12 de dezembro de 1979. A Convenção versa sobre os princípios aplicáveis ao recrutamento de estrangeiros para trabalho e às suas condições de trabalho no país de acolhimento. Ela contempla num certo número de direitos nucleares e três anexos que contêm disposições mais detalhadas, e os quais podem ser excluídos pelo Estado. Para uma análise da Convenção, v. RICHARD LILLICH, *The Human Rights of Aliens*..., p. 70 e RICHARD PERRUCHOU, *Migrations et Protection*..., p. 86.

<sup>1098</sup> Adotada pela Conferência Geral da OIT a 24 de junho de 1975. Foi aprovada para ratificação entre nós pela Lei n.º 52/78, de 25 de julho e entrou em vigor na ordem jurídica portuguesa 12/12/1979. A Convenção é composta por duas partes – a primeira, sobre a imigração em condições abusivas (e que se aplica a imigrantes em situação irregular), e a segunda destina-se a promover a igualdade de oportunidades e tratamento para os trabalhadores imigrantes (cujo campo de aplicação é restrito aos imigrantes que se encontrem em situação legal). Os Estados-Parte podem excluir qualquer uma destas partes. Para mais desenvolvimentos sobre esta Convenção, v. RICHARD PERRUCHOU, *Migrations et Protection*..., p. 88 e ss.

económicos e sociais. Assim, ela obriga os Estados a concederem aos trabalhadores estrangeiros um tratamento que não seja menos favorável que o dispensado aos nacionais num amplo conjunto de matérias relativo ao exercício de uma atividade laboral (art. 8.º, n.º2), bem como em matéria de segurança social, associações sindicais, direitos culturais, entre outros direitos individuais e coletivos<sup>1099</sup>.

Por seu turno, também as N.U. desenvolveram uma atividade relevante neste contexto. A já mencionada Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias procurou-se afirmar como o mais completo tratado internacional em matéria de direitos dos estrangeiros<sup>1100</sup>. Ela criou poucos direitos novos, destinando-se, acima de tudo, a codificar vários direitos reconhecidos noutros instrumentos e a aplicá-los ao contexto migratório<sup>1101</sup>. Embora ela se destine à proteção dos “trabalhadores migrantes”<sup>1102</sup>, ela vai mais longe que a Convenção n.º 143 da OIT, já que prevê direitos que extravasam a esfera da relação laboral. Ela contém direitos básicos da pessoa humana, como o direito à vida, à proibição de tratamentos desumanos ou à liberdade de pensamento, bem como direitos próprios do estrangeiro, como o direito à identidade cultural ou a garantias relativas ao procedimento de expulsão ou detenção de imigrantes. A importância da convenção radica em especial na afirmação de que os estrangeiros em situação irregular são também titulares de determinados direitos<sup>1103</sup>. Para além disso, é a primeira convenção das N.U. que interdita expressamente toda a discriminação com base na nacionalidade (art. 1.º e 7.º). Não obstante, essa cláusula aplica-se apenas aos direitos previstos na Convenção<sup>1104</sup>. Por outro lado, apenas diz respeito à discriminação *entre trabalhadores migrantes*, e não à relação entre estes e os nacionais. Isso não significa que não se preveja equiparação dos direitos dos trabalhadores migrantes aos dos trabalhadores nacionais, mas isso é feito apenas em relação a direitos em concreto<sup>1105</sup>.

Não obstante, a Convenção não deixou de refletir a tensão entre a salvaguarda dos direitos dos estrangeiros e a soberania dos Estados no que toca ao exercício dos controlos migratórios, como se referiu já no Capítulo III da Parte I. Desde logo, demonstra o dilema entre o reconhecimento de direitos a imigrantes em situação irregular e a necessidade de relembrar os poderes soberanos de controlo da entrada e saída do território, bem como a

---

<sup>1099</sup> Note-se, porém, que o princípio da igualdade em relação aos imigrantes em situação irregular é mais restrito, dizendo respeito quase exclusivamente a direitos provenientes de relações laborais passadas.

<sup>1100</sup> V. sobre a história da Convenção, v. *supra*, Parte I, Capítulo III, ponto 1.1.

<sup>1101</sup> Sobre este ponto, v. DAVID WEISSBRODT, *The Human Rights of Non Citizens...*, p. 186.

<sup>1102</sup> Nos termos do art. 2.º da Convenção, “trabalhador migrante” designa “a pessoa que vai exercer, exerce ou exerceu uma atividade remunerada num Estado de que não é nacional”.

<sup>1103</sup> Esta Convenção tem uma sistematização *sui generis*: uma parte destinada aos direitos de todos os trabalhadores migrantes, independentemente da sua situação administrativa, e direitos adicionais para os que se encontrem em situação legal. Os Estados-Parte são, assim, obrigados a reconhecer aos imigrantes em situação irregular uma série de direitos, como por exemplo garantias em processo de expulsão, incluindo o efeito suspensivo do recurso de decisão de expulsão (art. 22.º), o direito a um tratamento não menos favorável que o concedido aos nacionais do Estado de emprego em matéria de retribuição e demais condições de trabalho (art. 25.º), o direito de associação (art. 26.º), o direito à igualdade em matéria de segurança social (art. 27.º), o direito a igualdade em matéria de acesso a cuidados urgentes de saúde (art. 28.º), o direito das crianças à educação, em condições de igualdade (art. 30.º), entre outros.

<sup>1104</sup> RYSZARD CHOLEWINSKI, *Migrant Workers...*, p. 155.

<sup>1105</sup> GONÇALO SARAIVA MATIAS & PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS, *A Convenção Internacional...*, p. 124. Veja-se assim a cláusula geral de equiparação com os nacionais no que toca às condições de trabalho, prevista no art. 55.º.

“necessidade” de combater o fenómeno da imigração ilegal<sup>1106</sup>. Nesse sentido, menciona expressamente que os Estados-Parte são dispensados do dever de regularizar imigrantes em situação irregular (art. 35.º). Por outro lado, a Convenção não contém nenhuma salvaguarda que permita aos estrangeiros exercerem os referidos direitos sem receio de verem a sua situação de ilegalidade denunciada ou perseguida, o que pode levar a que sejam dissuadidos de os exercer na prática<sup>1107</sup>. Por fim, é de lamentar a ausência de referência ao “estatuto legal” na lista de motivos proibidos de discriminação<sup>1108</sup>. O simples facto de a Convenção estar dividida em duas partes: uma, respeitante aos direitos de todas as pessoas, outra, apenas respetiva aos direitos dos imigrantes em situação legal, demonstra, para alguns autores, que os direitos “humanos” ainda não beneficiam todos os “seres humanos”<sup>1109</sup>. A Convenção acaba, em suma, por não oferecer aos imigrantes em situação irregular muito mais do que decorria já dos demais instrumentos de proteção dos direitos humanos<sup>1110</sup>.

Assim, não é de surpreender que alguns autores refiram que a Convenção não foi suficientemente longe<sup>1111</sup>.

Para além do mais, como já se afirmou, a Convenção não foi assinada por Portugal, nem por nenhum Estado-Membro da UE<sup>1112</sup>. Ora, a falta de assinatura desta Convenção faz passar a mensagem de que os países da UE não estão suficientemente comprometidos com a salvaguarda dos direitos dos imigrantes. Tem-se invocado que a Convenção não traz «valor acrescentado», comparativamente a outros instrumentos<sup>1113</sup>. No entanto, este argumento parece servir apenas para esconder as verdadeiras razões que justificam a falta de ratificações<sup>1114</sup>. De facto, apesar das limitações mencionadas, julgamos que esta Convenção apresenta vários avanços em relação às demais existentes na matéria. Desde logo, há que referir a sua abordagem holística, que visa abranger a imigração desde o recrutamento inicial no país de origem até aos direitos no país de origem após o regresso. Depois, as convenções da OIM centram-se principalmente na garantia dos direitos laborais dos trabalhadores imigrantes, faltando-lhes uma abordagem mais ampla, que tome em consideração também os direitos socioeconómicos e culturais. Por fim, a Convenção consagra vários direitos, em especial para os imigrantes em situação irregular, que não resultam dos demais instrumentos

---

<sup>1106</sup> ANTOINE PECOUD & PAUL DE GUCHTENEIRE, “Migration, Human Rights...”, p. 248.

<sup>1107</sup> Nesse sentido, LINDA BOSNIAK, “Human Rights, State Sovereignty...”, p. 336.

<sup>1108</sup> É certo que esse motivo de distinção pode considerar-se inserido na menção a “qualquer outro motivo”. Não obstante, essa interpretação não deixaria levantar problemas face à reserva de alguns direitos apenas a trabalhadores imigrantes em situação legal.

<sup>1109</sup> CATHERINE DAUVERGNE, *Making People Illegal...*, p. 22.

<sup>1110</sup> GREGOR NOLL refere ilustrativamente, a este propósito, que, visto da perspetiva do controlo da imigração, o texto da Convenção é até bastante claro sobre os direitos a não reconhecer a imigrantes em situação irregular. Cf. “Why Human Rights...”, p. 258.

<sup>1111</sup> LORI A.NESSEL, “Human Dignity or State Sovereignty?...”, p. 335.

<sup>1112</sup> Sobre a problemática da ratificação unilateral da Convenção pelos países da UE e sua compatibilidade com a integração europeia, v. GONÇALO SARAIVA MATIAS & PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS, *A Convenção Internacional...*, p. 55 e ss.

<sup>1113</sup> LORI A.NESSEL, “Human Dignity or State Sovereignty?...”, p. 342.

<sup>1114</sup> Elas prendem-se sobretudo com o receio de a Convenção implicar limites à liberdade de regulação das políticas migratórias e ao combate à imigração ilegal. Por outro lado, a Convenção começou a ser negociada num período em que havia grande procura de trabalhadores imigrantes temporários, tendo as negociações terminado numa época em que os Estados já não estavam interessados nesse tipo de recrutamento laboral. No entanto, o Parlamento Europeu já emanou várias resoluções em favor da ratificação da Convenção. Sobre este ponto, v. LORI A.NESSEL, “Human Dignity or State Sovereignty?...”, p. 338 e ss.



de proteção dos direitos humanos. Assim, a título de exemplo, o direito ao recurso, com efeitos suspensivos, de uma decisão de expulsão<sup>1115</sup>.

Ainda no contexto dos instrumentos destinados especificamente a reconhecer direitos aos estrangeiros, importa mencionar a Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Apátridas de 28 de setembro de 1954, que visa constituir um nível de proteção mínimo para as pessoas em causa e consagrar o princípio do tratamento idêntico ao do regime jurídico dos estrangeiros em geral (art. 5.º e 7.º)<sup>1116</sup>.

A nível regional, também o Conselho da Europa tem desenvolvido uma atividade relevante no que toca especificamente ao reconhecimento de direitos aos estrangeiros. Merece referência a também já mencionada Convenção Europeia relativa ao Estatuto Jurídico do Trabalhador Migrante, que foi considerada um dos maiores progressos no que toca à proteção dos trabalhadores estrangeiros a nível internacional, já que protege um amplo leque de direitos, não se limitando aos direitos derivados da relação de trabalho. Para além disso, possui variadas disposições que conferem direito ao tratamento nacional em diversos domínios, como acesso à habitação, à educação, às condições de trabalho, segurança social, assistência médica, acidentes de trabalho, entre outros. No entanto, o seu âmbito de aplicação pessoal é limitado. Ela apenas se aplica aos nacionais dos Estados-Parte e, por definição, às pessoas que exerçam uma ocupação remunerada no Estado de acolhimento. Por outro lado, apenas abrange os imigrantes em situação legal.

Para além do movimento de codificação dos direitos dos estrangeiros através da celebração de convenções destinadas especialmente à proteção dos direitos destas pessoas, é ainda de sublinhar a importância da *soft law*, em especial do Conselho da Europa, no que toca à afirmação dos direitos dos estrangeiros<sup>1117</sup>. O papel destes instrumentos, apesar de não vinculativo, não é despreciando, devido à influência que exercem junto dos Estados, incitando os governos a efetuar reformas<sup>1118</sup>.

No contexto dos instrumentos de *soft law*, merece destaque um instrumento adotado pelas N.U. – a Declaração da Assembleia Geral sobre os Direitos do Homem das Pessoas que não possuem a nacionalidade do país em que vivem, de 13 de dezembro 1985<sup>1119</sup>. Esta declaração foi delineada no seguimento do estudo feito pela Baronesa ELLES para a subcomissão das Nações Unidas para a prevenção da discriminação e proteção das minorias<sup>1120</sup>. Pretendia-se retomar o projeto de GARCÍA AMADOR, mas abandonando-se a perspetiva da responsabilidade do Estado no que toca à problemática do tratamento dos estrangeiros, passando-se, ao invés, a colocar a questão dos direitos dos estrangeiros em primeiro plano<sup>1121</sup>. A Declaração que daí resultou visou eliminar as dúvidas que ainda poderiam prevalecer quanto ao gozo dos direitos humanos por parte de estrangeiros. Ao invés de uma simples

---

<sup>1115</sup> Art. 22.º.

<sup>1116</sup> A Convenção foi ratificada por decreto do Presidente da República n.º 134/2012, de 7 de agosto e entrou em vigor na ordem jurídica portuguesa a 30 de dezembro de 2012.

<sup>1117</sup> Sobre este ponto, v. CHRISTEL COUNIL, *Le Statut Interne...*, p. 500 e ss. Esses instrumentos são sobretudo recomendações e resoluções, sobre o retorno de trabalhadores imigrantes, igualdade de tratamento entre trabalhadores nacionais e estrangeiros, reagrupamento familiar e garantias contra medidas de expulsão.

<sup>1118</sup> CHRISTEL COUNIL, *Le Statut Interne...*, p. 503. Em sentido algo contrário, v. a já mencionada opinião de VINCENT CHÉTAIL, “The Transnational Movement of Persons...”, p. 7 e ss.

<sup>1119</sup> Resolução da Assembleia Geral n.º 40/144, de 13 de dezembro de 1985.

<sup>1120</sup> Este estudo foi solicitado na sequência das expulsões coletivas do Uganda de 1972 e das numerosas violações dos direitos humanos de estrangeiros.

<sup>1121</sup> BRUNO NASCIMBENE, *Il Trattamento dello Straniero...*, p. 191.

declaração no sentido de que os direitos constantes dos instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos se aplicavam também a estrangeiros, optou-se por uma repetição de vários desses direitos. A Declaração consiste numa lista de direitos, retirados dos principais instrumentos de proteção dos direitos humanos. Adicionalmente, contém novos direitos em razão das pessoas que visa proteger, como seja o direito ao reagrupamento familiar, à remessa de pagamentos, a comunicar com o consulado ou representantes diplomáticos e a manter a língua, cultura e tradições, entre outros.

Esta enumeração, porém, é algo limitada, já que deixa de fora bastantes direitos que resultavam dos demais instrumentos<sup>1122</sup>. Ela não contém, para além disso, um princípio geral de proibição da discriminação. Pelo contrário, as primeiras normas preocupam-se mais em afirmar as prerrogativas dos Estados referentes aos controlos migratórios ou de imposição do respeito pelas suas leis, do que propriamente afirmar direitos dos estrangeiros. Para além do mais, este instrumento não possui carácter vinculativo, tratando-se de uma simples resolução da Assembleia Geral das N.U.<sup>1123</sup>. Para além do mais, a ideia de uma declaração de direitos especialmente destinada aos cidadãos estrangeiros foi criticada por alguns autores, que consideravam que a mesma podia gerar confusão, por poder ser interpretada no sentido de que os estrangeiros não possuíam os mesmos direitos fundamentais dos nacionais. Por outro lado, invocava-se que os instrumentos existentes eram suficientes para proteger os estrangeiros<sup>1124</sup>.

A doutrina diverge no que respeita ao âmbito de aplicação da Declaração. RICHARD LILLICH refere que ela se aplica apenas às pessoas que residam legalmente num determinado Estado<sup>1125</sup>. Não concordamos com o autor. De facto, nenhuma referência na Declaração permite concluir a intenção de exclusão dos imigrantes em situação irregular do âmbito da mesma. Nos termos do art. 1.º, ela aplica-se a qualquer indivíduo que não seja nacional do Estado em que se encontre<sup>1126</sup>. Por outro lado, o direito de livre circulação e escolha de residência dentro do território é restringido aos estrangeiros que se encontrem em situação regular no país. A necessidade desta restrição expressa indica, portanto, que os demais direitos são reconhecidos independentemente de considerações ligadas ao estatuto legal do estrangeiro.

## **2.5. ORGANISMOS DESTINADOS À PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS ESTRANGEIROS**

Para além da existência de normas destinadas a proteger os estrangeiros em específico, têm ainda sido criados vários organismos destinados especificamente à proteção dos direitos dos imigrantes. Merece referência o relator especial das Nações Unidas para os direitos humanos dos imigrantes, criado em 1999 pela resolução n.º 1999/44 da antiga Comissão dos Direitos do Homem. O relator especial reúne informação sobre violação dos direitos

---

<sup>1122</sup> JOAN FITZPATRICK, “The Human Rights...”, p. 170.

<sup>1123</sup> Não obstante, RICHARD LILLICH relembra que na prática da ONU o termo “declaração” é reservado para as resoluções que contêm normas de carácter fundamental e em que o grau de consenso da comunidade internacional é elevado. Cf. *The Human Rights of Aliens...*, p. 51.

<sup>1124</sup> CECILIA CORSI, *Lo Stato e lo Straniero...*, p. 53.

<sup>1125</sup> RICHARD LILLICH, *The Human Rights of Aliens...*, p. 52.

<sup>1126</sup> No mesmo sentido, LINDA BOSNIAK, “Human Rights, State Sovereignty...”, p. 314. Não obstante, a autora refere que a Declaração reveste pouca utilidade prática para os estrangeiros em situação irregular, já que não responde às necessidades particulares destes.

humanos dos imigrantes e suas famílias, formula recomendações para prevenir e solucionar casos de violação desses direitos humanos, promove a implementação da Convenção das Nações Unidas para Proteção dos Trabalhadores Imigrantes e Membros das suas Famílias, leva a cabo visitas aos Estados, com o objetivo de examinar os meios destinados à plena proteção dos direitos humanos dos imigrantes, e elabora relatórios sobre a implementação desses direitos.

Em 2003, o Secretário Geral das Nações Unidas e um grupo de Estados tomaram a iniciativa de criar a Comissão Mundial sobre as Migrações Internacionais, que é composta por dezanove peritos independentes e visa analisar, através de audições com organizações intergovernamentais e não governamentais, eventuais falhas nas políticas de imigração, bem como apresentar recomendações ao secretário-geral das N.U. e aos Estados.

O desenvolvimento da atividade destes organismos tem contribuído também, pois, para a generalização do respeito pelos direitos humanos dos estrangeiros.

## CAPÍTULO II

### O ESTRANGEIRO COMO SUJEITO DE DIREITOS À LUZ DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

Também o direito da UE sofreu uma evolução no que toca ao reconhecimento de direitos aos estrangeiros (neste contexto, apelidados “nacionais de países terceiros”). Se inicialmente eram estranhas a este ramo do Direito preocupações ligadas com os direitos destas pessoas, com o desenvolvimento da integração europeia, as normas da UE começaram a prever direitos que beneficiam diretamente os estrangeiros, caminhando, assim, para que os mesmos sejam considerados sujeitos de direitos também neste contexto<sup>1127</sup>.

Importa agora analisar quais os mecanismos jurídicos que têm permitido afirmar que o direito da UE reconhece o estrangeiro como sujeito direitos. Começaremos por tecer algumas considerações sobre o âmbito de aplicação dos Tratados, procurando saber se o mesmo abrange os “nacionais de países terceiros” (1). Passaremos depois para a análise da proteção dos estrangeiros pela CDFUE (2) e pelo direito derivado (3). Posteriormente, teceremos breves conclusões sobre a eventual proteção dos estrangeiros através do princípio da proibição da discriminação em razão da nacionalidade, expressamente previsto pelo direito da UE (4).

#### 1. O ÂMBITO DE APLICAÇÃO DOS TRATADOS

Inicialmente havia dúvidas sobre se o campo de aplicação do Tratado da Comunidade Europeia abrangia os estrangeiros. Alguns autores invocavam que os estrangeiros não se encontravam abrangidos pelo mesmo<sup>1128</sup>. Já outros referiam que o Tratado não excluía expressamente o estrangeiro do seu âmbito de aplicação, pelo que, por exemplo, quando o art. 48.º se referia a “trabalhador”, visava abranger todos os trabalhadores não nacionais que se encontrassem a trabalhar no território de um Estado-Membro<sup>1129</sup>. ELSPETH GUILD & STEVE PEERS defendiam uma posição intermédia, de acordo com a qual o Tratado se aplicava aos nacionais de países terceiros, tendo as exceções de ser expressamente referidas. Nesse sentido, invocavam o preâmbulo do TCE, que se referia a “povos da Europa”, e não a “cidadãos”, bem como a maior parte das disposições da parte geral, que se encontravam formuladas de forma genérica<sup>1130</sup>.

Após o AUE, o Tratado de Maastricht, desenvolvendo a ideia de união política<sup>1131</sup>, passou a reconhecer expressamente direitos aos nacionais de países terceiros, como o direito de

---

<sup>1127</sup> ELSPETH GUILD, *The Legal Elements...*, p. 237.

<sup>1128</sup> Assim, HELENE RANNOU, “La citoyenneté européenne...”, p. 38.

<sup>1129</sup> MYLÈNE NYS, “La Protection des Droits Fondamentaux...”

<sup>1130</sup> Cf. “Out of the Ghetto?...”, p. 82 e ss.

<sup>1131</sup> MARIA LUÍSA DUARTE, “A União Europeia e o Sistema Europeu de Proteção...”, p. 173.

recorrer ao mediador europeu e o direito de petição<sup>1132</sup>. As dúvidas relativas ao âmbito de aplicação do direito originário foram, assim, superadas.

Por outro lado, o novo Tratado da UE veio consagrar o respeito pelos direitos fundamentais, tal como tal como os garante a CEDH e como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros (art. F). Assim, mesmo os autores que invocavam que os estrangeiros não eram abrangidos pelo campo de aplicação do TCE, reconheciam que estes eram beneficiários dos direitos fundamentais reconhecidos pelo direito da UE<sup>1133</sup>. O art. F do TUE, tinha, assim, em vista, a proteção do *indivíduo*<sup>1134</sup>.

Alguns autores referem que foram os estrangeiros quem mais beneficiou da proteção concedida aos direitos fundamentais pela UE<sup>1135</sup>. Não obstante, a atividade do TJ não foi particularmente ativa no que toca à proteção dos direitos fundamentais dos estrangeiros. De facto, inicialmente, o impulso em matéria de proteção de direitos fundamentais apenas respeitou à proteção dos cidadãos nacionais de Estados-Membros. De facto, se no âmbito da presente dissertação considerássemos como *estrangeiros* os cidadãos dos demais Estados-Membros, podíamos dizer, com FAUSTO QUADROS, que na ordem jurídica da UE se havia atingido o nível máximo até hoje alcançado na comunidade internacional para a proteção de estrangeiros<sup>1136</sup>. Essa afirmação encontraria perfeita justificação devido à consagração de uma proibição de discriminação em função da nacionalidade, pelo facto de os nacionais dos Estados-Membros possuírem um direito fundamental de livre circulação e finalmente pelo facto de compartilharem a cidadania europeia, de onde decorrem vários direitos de natureza política.

Fora desse contexto, e no que toca à proteção dos direitos dos “nacionais de países terceiros”, alguns autores falam de um relativo apagamento do princípio da universalidade, enquanto critério delimitador do âmbito subjetivo de proteção dos direitos fundamentais como “princípios gerais de direito comunitário”<sup>1137</sup>.

Ora, isso poderá compreender-se pelo carácter sobretudo económico dos primeiros tempos de integração europeia. De facto, quando o TJ começou por desenvolver o reconhecimento de direitos a nacionais de países terceiros, raramente a sua fundamentação assentava em considerações ligadas à proteção de direitos fundamentais, alicerçando-se primordialmente no objetivo de facilitar a livre circulação dos nacionais da UE<sup>1138</sup>. É disso exemplo o reconhecimento paulatino do direito de livre circulação dos familiares dos cidadãos da UE<sup>1139</sup>. Isso levou alguns autores a considerar que a proteção concedida aos direitos fundamentais pelo TJ era minimalista e instrumentalizada em função dos objetivos da União<sup>1140</sup>.

---

<sup>1132</sup> Encontravam-se previstos respetivamente no art. 138.º E e 138.º D.

<sup>1133</sup> HELENE RANNOU, “La citoyenneté européenne...”, p. 38.

<sup>1134</sup> *Idem*, p. 39.

<sup>1135</sup> *Idem*, p. 52.

<sup>1136</sup> FAUSTO DE QUADROS, *A Protecção da Propriedade Privada...*, p. 147.

<sup>1137</sup> MARIA LUÍSA DUARTE, *União Europeia e Direitos Fundamentais...*, p. 309.

<sup>1138</sup> VIRGINIE GUIRAUDON, *Les Politiques d'Immigration...*, p. 119.

<sup>1139</sup> V., entre outros, Ac. de 08/04/1976, *Royer*, proc. n.º 48/75, Ac. de 13/02/1985, *Diatta*, proc. n.º C-267/83, Ac. de 18/05/1989, *Comissão c. R.F.A.*, proc. n.º 249/86, Ac. de 11/07/2002, *Carpenter*, proc. n.º C-60/00, Ac. de 19/10/2004, *Zhu e Chen*, proc. n.º C-200/02.

<sup>1140</sup> CATARINA SAMPAIO VENTURA, “Contexto e Justificação da Carta...”, p. 46.

Os Tratados de Maastricht e de Amesterdão vieram ainda estender o âmbito de aplicação dos Tratados aos nacionais de países terceiros por outra via. O primeiro veio considerar as políticas de asilo e de imigração e passagem de pessoas nas fronteiras externas dos Estados-Membros como matérias de interesse comum<sup>1141</sup>. O segundo Tratado atribuiu à UE um novo objetivo global: o desenvolvimento de um espaço de liberdade, segurança e justiça (ELSJ), «em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos nas fronteiras externas, asilo e imigração (...)»<sup>1142</sup>. Refere ANA MARIA GUERRA MARTINS que este novo objetivo partiu «da ideia-base de que o ser humano se deve posicionar no centro das preocupações da União Europeia (não apenas o ser humano enquanto agente económico, não apenas o cidadão da União, mas sim todo e qualquer ser humano que tem contacto com a União: o imigrante, o requerente de asilo, o refugiado aquele que se encontra temporária ou permanentemente no espaço europeu e que tem direito a deslocar-se numa Europa livre, segura e justa)»<sup>1143</sup>. Com o Tratado de Amesterdão, que transferiu essas matérias para o TCE, e com o Tratado de Lisboa, que veio contribuir com importantes desenvolvimentos no que toca à construção de uma política comum de imigração, como já analisado<sup>1144</sup>, a competência da UE em matéria de direitos dos estrangeiros foi ainda mais aprofundada.

Assim, alguns autores afirmam que, com o surgimento da competência da UE em matéria de imigração, os estrangeiros se tornaram sujeitos de direito comunitário «por inteiro» e não apenas «de forma indireta»<sup>1145</sup>. Não obstante, é necessário ter em conta que, contrariamente aos instrumentos de proteção de direitos humanos atrás analisados, dos quais decorre um conjunto de direitos de que os estrangeiros beneficiam diretamente, o atual capítulo II do Título V do TFUE tem como principal objetivo regular as competências da UE no que toca ao desenvolvimento de uma política de imigração comum. Mesmo assim, não deixou de fora as questões relativas aos direitos dos estrangeiros, consagrando no art. 79.º o princípio do tratamento equitativo dos nacionais de Estados terceiros. Nos termos do n.º 2, al. b), dessa norma, a UE tem competência para a «[d]efinição dos direitos dos nacionais de países terceiros que residam legalmente num Estado-Membro». Os direitos específicos dos nacionais de países terceiros resultarão de forma mais detalhada dos instrumentos de direito derivado adotados em desenvolvimento destas competências, os quais devem respeitar o princípio enumerado.

## 2. A PROTEÇÃO DOS ESTRANGEIROS NA CDFUE

Como se referiu na Parte I, as normas emanadas pela UE em matéria de política de imigração, bem como a atividade dos Estados-Membros destinada a transpor ou efetivar as normas emanadas pela UE têm de respeitar os direitos consagrados na CDFUE<sup>1146</sup>. Importa saber, neste contexto, de que forma a CDFUE abrange, no seu âmbito de aplicação subjetivo, os “nacionais de países terceiros”.

---

<sup>1141</sup> Art. K.1.

<sup>1142</sup> V., mais detalhadamente, sobre esta evolução, o que se escreveu na Parte I, Capítulo II, ponto 4.2.

<sup>1143</sup> ANA MARIA GUERRA MARTINS, “Algumas Notas sobre o Espaço...”, p. 28.

<sup>1144</sup> Cf. *supra*, Parte I, Capítulo II, ponto 5.2.

<sup>1145</sup> PHILIPPE DE BRUYCKER, “Vers un Statut...”, p. 236.

<sup>1146</sup> V. *supra*, Considerações Introdutórias, ponto 2.1.2.

Ora, apesar de a CDFUE não conter nenhuma disposição que o mencione expressamente, o princípio da universalidade é a pedra de toque da Carta<sup>1147</sup>. De facto, o preâmbulo refere que ela se baseia nos «valores individuais e universais da dignidade do ser humano». Para além disso, a maioria dos preceitos relativos aos direitos fundamentais estão, tal como os demais instrumentos de proteção dos direitos humanos, redigidos em termos gerais. A consagração de um princípio da universalidade deriva, para além, disso dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos a que os Estados-Membros se vincularam, em especial da CEDH. Neste ponto, ELSPEETH GUILD refere que, em geral, o espírito da CDFUE se inspira mais na universalidade subjacente aos instrumentos dos direitos humanos do que às liberdades fundamentais presentes nas constituições nacionais, pensadas em primeira linha para os cidadãos nacionais<sup>1148</sup>.

Assim, pode dizer-se que a CDFUE se pauta pelo princípio da universalidade, sendo a generalidade dos direitos, salvo os referentes especificamente aos cidadãos da UE, reconhecida a todos, independentemente de nacionalidade ou residência<sup>1149</sup>. A universalidade tem sido reconhecida, aliás, como uma das grandes mais-valias da Carta<sup>1150</sup>. Nesse sentido, alguns autores defendem um princípio geral de interpretação da CDFUE, de acordo com o qual um direito consagrado na mesma se deverá aplicar a todas as pessoas. As exceções ou estarão expressamente mencionadas ou dependerão do conteúdo e natureza do direito ou liberdade em causa<sup>1151</sup>.

A importância da consagração do princípio da universalidade pela CDFUE para o estatuto dos nacionais de países terceiros foi já por diversas vezes sublinhada pelas instituições. A Comissão realçou essa importância em matéria de imigração, lembrando que o princípio da universalidade permitiria a aplicação dos direitos fundamentais aos nacionais de países terceiros<sup>1152</sup>. A CDFUE foi ainda considerada uma etapa importante para o alcance dos objetivos proclamados no Conselho Europeu de Tampere<sup>1153</sup>. Vários são, de resto, os instrumentos adotados no contexto do desenvolvimento de uma política europeia de imigração que citam no preâmbulo a necessidade de respeito pelos direitos fundamentais tais como se encontram previstos na CDFUE<sup>1154</sup>.

Não obstante, a CDFUE pretendeu ser também uma Carta de direitos para os cidadãos da União. A solução encontrada para a conciliação entre o princípio da universalidade e os direitos de cidadania é muito semelhante à das constituições nacionais. De facto, o princípio

---

<sup>1147</sup> Vários autores defendem que ela acaba, a final, por ser uma concretização desse princípio. Assim, STEVE PEERS, “Immigration, Asylum ...” (2001), p. 146, MARIONA ILLAMOLA DAUSA, “Égalité et Intégration...”, p. 179, ELSPEETH GUILD, “The Variable Subject...”, p. 389, MARIA LUÍSA DUARTE, *União Europeia e Direitos Fundamentais*,...p.315.

<sup>1148</sup> ELSPEETH GUILD, “The Variable Subject...”, p. 381 e ss.

<sup>1149</sup> RUI MOURA RAMOS, “A Carta dos Direitos Fundamentais...”, p. 54, p. 44, CHRISTEL COUNIL, *Le Statut Interne...*, p. 498, ANABELA COSTA LEÃO, “A Carta dos Direitos Fundamentais...”.

<sup>1150</sup> SARA IGLESIAS SÁNCHEZ, “Fundamental Rights Protection...”, p. 141.

<sup>1151</sup> DEIDRE CURTIN, “The Sting is Always in the Tail...”, p. 104.

<sup>1152</sup> Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu relativa a uma Política da Comunidade em matéria de Imigração, COM (2000) 757 final, de 22/11/2000.

<sup>1153</sup> Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões relativa à Imigração, à Integração e ao Emprego, COM (2003) 336 final, de 03/06/2003.

<sup>1154</sup> Assim, a título de exemplo, o considerando 24 da Diretiva 2008/115/CE, de 16/12/2008, relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular.

da universalidade não é um valor absoluto, no sentido de garantir a qualquer pessoa a titularidade de qualquer direito. Ele é, por isso, compatível com a reserva de determinados direitos para o cidadão nacional, como aliás já se viu acontecer com os instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos.

Com vista a alcançar esse equilíbrio, a CDFUE adotou uma abordagem pragmática, que delimita para cada direito os sujeitos correspondentes<sup>1155</sup>. Trata-se, no fundo, de uma espécie de “geometria variável” dos direitos constantes da CDFUE<sup>1156</sup>. O resultado final é o de um “esquema tripartido”- os direitos previstos podem ser divididos em três grupos: alguns direitos são reservados aos cidadãos, outros aos residente em situação legal, e a maior parte são reconhecidos a todas as pessoas<sup>1157</sup>. Aqueles direitos que não estão especificamente limitados a um determinado universo de destinatários, estão abrangidos neste último grupo<sup>1158</sup>.

O equilíbrio final da CDFUE é bastante positivo para o princípio da universalidade, já que as exceções ao mesmo são limitadas<sup>1159</sup>. Veja-se desde logo, o próprio capítulo V, com a epígrafe “*Cidadania*”. Ele não reserva todos os direitos apenas aos cidadãos da UE. De oito preceitos, apenas três mencionam essa reserva: o direito de eleger e de ser eleito nas eleições para o Parlamento Europeu (art. 39.º), e para as eleições municipais (art. 40.º), e o direito à proteção diplomática e consular (art. 46.º). Os demais direitos ou abrangem também os estrangeiros residentes - assim, o direito de acesso a documentos (art. 42.º) e o direito de petição (art. 43.º e 44.º)<sup>1160</sup> - ou estão formulados de modo universal, permitindo a sua invocação por todas as pessoas - assim, o direito a uma boa administração (art. 41.º). O direito de livre circulação, por seu turno, e como já analisámos, é um dos direitos exclusivos dos cidadãos da UE, nos termos do art. 45.<sup>o1161</sup>

Apesar da generosa consagração do princípio da universalidade, há que ter em conta que, de acordo com o art. 52.º da CDFUE, de uma forma geral todos os direitos reconhecidos podem ser objeto de limitações no respeito pelo princípio da proporcionalidade. Essas limitações podem intervir precisamente no que toca aos titulares dos direitos, excluindo por exemplo os nacionais de países terceiros do gozo de alguns<sup>1162</sup>.

De notar ainda que a CDFUE consagra alguns direitos aplicáveis exclusivamente a estrangeiros. Assim, o art. 18.º, relativo ao direito de asilo, e o art. 19.º, relativo à proteção em caso de afastamento, expulsão ou extradição. Este último aplica-se a nacionais de países

---

<sup>1155</sup> STEVE PEERS, “Immigration, Asylum and the European Union Charter...” (2012), p. 446, ANTÓNIO GOUCHA SOARES, *A Carta dos Direitos Fundamentais...*, p. 47.

<sup>1156</sup> DENYS SIMON, “Les Droits du Citoyen...”, p. 26.

<sup>1157</sup> DENYS SIMON considera que a racionalidade subjacente à repartição dos direitos por estes grupos é pouco transparente. V. “Les Droits du Citoyen...”, p. 26.

<sup>1158</sup> STEVE PEERS, “Immigration, Asylum and the European Union Charter...” (2012), p. 446.

<sup>1159</sup> Para uma análise do âmbito de aplicação dos vários normativos da CDFUE, v. JEAN-YVES CARLIER, “La Place des Ressortissants...”, p. 180.

<sup>1160</sup> Sobre o facto de a consagração dos direitos de residentes configurar a abertura para um novo critério de pertença política (*membership*) da UE, v. ROY W. DAVIS, “Citizenship of the Union...”, p. 136 e ss. Em sentido semelhante, ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A Igualdade e a Não Discriminação...*, p. 549.

<sup>1161</sup> Criticando esta opção, DENYS SIMON, “Les Droits du Citoyen...”, p. 26.

<sup>1162</sup> JEAN-YVES CARLIER, “La Place des Ressortissants...”, p. 196. A isso não se oporia, à partida, o respeito pelo art. 14.º da CEDH já que, como se viu, o TEDH considerou razoáveis e justificadas algumas distinções de tratamento entre nacionais de países terceiros e cidadãos da UE. Sobre este ponto v., ainda, STEVE PEERS, “Immigration, Asylum...” (2012), p. 152 e ss.



terceiros, pois os cidadãos da UE beneficiam de uma proteção acrescida face a medidas de expulsão<sup>1163</sup>.

Fazendo um saldo final, a CDFUE poderá, de facto, contribuir decisivamente para reforçar a equiparação de direitos entre os cidadãos da União e os cidadãos de países terceiros que se encontrem a residir legalmente na União<sup>1164</sup>.

### 3. A PROTEÇÃO DOS ESTRANGEIROS NO DIREITO DERIVADO

Antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o art. 61.º, al. b) do TCE instava o Conselho a adotar medidas de proteção dos direitos dos nacionais de países terceiros. Nessa sequência, o Conselho Europeu, reunido em Tampere em 15 e 16 de outubro de 1999, afirmou a necessidade de a UE «garantir um tratamento equitativo dos nacionais de países terceiros que residem legalmente no território dos seus Estados-Membros», o que seria feito através do objetivo lhes assegurar «direitos e obrigações comparáveis aos dos cidadãos da UE». Por fim afirmou que «o estatuto jurídico dos nacionais de países terceiros deverá ser aproximado do dos nacionais dos Estados-Membros»<sup>1165</sup>. Mais tarde, a Comissão reafirmou que um elemento chave do desenvolvimento das novas competências da UE consistiria em assegurar um tratamento justo dos nacionais de países terceiros residentes legalmente num Estado-Membro. Ela propôs a introdução de um conceito de “cidadania civil”, destinado a garantir um conjunto comum de direitos e obrigações fundamentais aos estrangeiros residentes na UE, a adquirir ao longo do tempo, para poderem ser tratados da mesma forma que os nacionais do país de acolhimento, ainda que não adquirissem a nacionalidade deste<sup>1166</sup>.

Alguns autores invocam, porém, que estas declarações políticas pouco efeito tiveram no plano das medidas concretas<sup>1167</sup>. Não obstante, no que toca aos estrangeiros legalmente residentes na UE, as poucas evoluções que se têm vindo a sentir traduzem-se, de facto, no reconhecimento de um conjunto de direitos. Como vimos na Parte I, alguns dos atos adotados reconhecem-lhes quer um direito subjetivo à entrada ou permanência no território dos Estados-Membros, quer um conjunto de direitos exercíveis nesses Estados<sup>1168</sup>. Outras,

---

<sup>1163</sup> JEAN-YVES CARLIER, “La Place des Ressortissants...”, p. 187.

<sup>1164</sup> No mesmo sentido, MARIA LUÍSA DUARTE, *União Europeia e Direitos Fundamentais*,...p. 310.

<sup>1165</sup> Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Tampere, de 15 e 16 de outubro de 1999§ 18-21. Sobre o mesmo v., em detalhe, ENRIQUE GONZALEZ SANCHEZ, “Asilo e Inmigración...”, p. 840 e ss., CONSTANÇA URBANO DE SOUSA, “L’ émergence du droit européen de l’immigration...”, p.147 e ss., GISEBERT BRINKMANN, “The Immigration and Asylum Agenda...”, p. 182 e ss.

<sup>1166</sup> Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu relativa a uma Política da Comunidade em matéria de Imigração, COM (2000) 757 final, de 22/11/2000.

<sup>1167</sup> V. HENRI LABAYLE, “Le Bilan du Mandat de Tampere...”, p. 619 e ss., DOMINIQUE NAZET ALLOUCHE, “La Condition des Ressortissants...”, p. 34, SERGIO CARRERA, “The Impact of the Treaty of Lisbon...”, p. 233.

<sup>1168</sup> Assim, por exemplo, a Diretiva 2003/86/CE, de 22/09/2003, relativa ao direito ao reagrupamento familiar, a Diretiva 2003/110/CE, de 25/11/2003, Diretiva 2004/114/CE, de 13/12/2004, relativa às condições de admissão de nacionais de países terceiros para efeitos de estudos, de intercâmbio de estudantes, de formação não remunerada ou de voluntariado, a Diretiva 2005/71/CE, de 12/10/2005, relativa a um procedimento específico de admissão de nacionais de países terceiros para efeitos de investigação científica.

apesar de não reconhecerem tais direitos subjetivos à entrada ou permanência, garantem o acesso a direitos sociais no território<sup>1169</sup>.

Neste ponto merece referência a Diretiva que proíbe o emprego de trabalhadores em situação irregular, que também se destina a proporcionar aos trabalhadores em causa proteção contra os empregadores abusivos, reconhecendo-lhes, *inter alia*, o direito de obter todas as remunerações devidas pelos empregadores e a proporcionar-lhes o acesso ao apoio de terceiros, como sindicatos ou ONGs<sup>1170</sup>.

Noutros domínios, fora do direito da política de imigração, diversos atos de direito derivado reconhecem expressamente vários direitos aos nacionais de países terceiros. Podemos mencionar, a título de exemplo, a Diretiva 2004/113/CE, de 13/12/2004, que implementa o princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que toca ao acesso de bens e serviços e que inclui os nacionais de países terceiros no seu âmbito de aplicação.

O direito derivado em matéria de direitos dos estrangeiros representa já alguns avanços importantes no que toca à proteção dos direitos que os Estados-Membros são obrigados a assegurar aos estrangeiros que se encontrem sob as suas jurisdições. Não obstante, dificilmente se pode concluir resultar destes desenvolvimentos um estatuto uniforme do estrangeiro. O atual estatuto jurídico do nacional de país terceiro na UE caracteriza-se pelo minimalismo e pela fragmentação<sup>1171</sup>. De facto, os direitos assim atribuídos dependem de várias condicionantes, como o motivo da estadia do estrangeiro e o cumprimento de requisitos vários<sup>1172</sup>. Os nacionais de países terceiros podem ainda complementar diversos efeitos derivados de diferentes Diretivas, se puderem beneficiar do âmbito de aplicação das mesmas<sup>1173</sup>. Contrariamente ao que se passa com os cidadãos da UE, eles não podem, sem mais, invocar o estatuto de nacional de país terceiro (mesmo que residente) para beneficiarem de direitos uniformes em todo o espaço da UE.

---

<sup>1169</sup> Assim, por exemplo, a Diretiva 2003/109/CE, de 25/11/2003, relativa ao estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duração, e a Diretiva 2011/98/UE, de 13/12/2011, relativa a um procedimento de pedido único de concessão de uma autorização única para os nacionais de países terceiros residirem e trabalharem no território de um Estado-membro e a um conjunto comum de direitos para os trabalhadores de países terceiros que residem legalmente num Estado-Membro.

<sup>1170</sup> Diretiva 2009/52/CE, de 18/06/2009, que estabelece normas mínimas sobre sanções e medidas contra os empregadores de nacionais de países terceiros em situação irregular.

<sup>1171</sup> PATRÍCIA JERÓNIMO, “Imigração e minorias...”, p. 13, ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A Igualdade e a Não Discriminação...*, p. 556.

<sup>1172</sup> ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A Igualdade e a Não Discriminação...*, p. 149.

<sup>1173</sup> Assim, o Ac. de 24/01/2008, *Payir*, proc. n.º C – 294/06, em que o nacional de país terceiro beneficiou simultaneamente da sua qualidade de cidadão turco e, por isso, protegida ao abrigo do Acordo de Associação com a Turquia, e da Diretiva relativa às condições de entrada para efeitos de estudos. Sobre este ponto, v. KEES GROENENDIJK, “Recent Developments in EU Law ...”, p. 330.

#### 4. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DA NACIONALIDADE

Se o estrangeiro é tido como sujeito de direitos pelo direito da UE, importa agora analisar se o mesmo beneficia, também aqui, de um princípio da proibição da discriminação. Ora, neste ponto as respostas afiguram-se mais complexas. De facto, tradicionalmente, o princípio da proibição de discriminação em razão da nacionalidade reportava-se exclusivamente aos nacionais de Estados-Membros, e não a nacionais de países terceiros<sup>1174</sup>. Neste ponto importa analisar várias normas: em primeiro lugar, duas normas constantes do TFUE: o art. 18.º, que prevê expressamente o princípio da proibição da discriminação em razão da nacionalidade (4.1.), e o art. 19.º, que prevê a competência da UE em matéria de luta contra a discriminação (4.2.). Seguidamente, importa analisar se do catálogo de direitos ínsito na CDFUE deriva o reconhecimento de um princípio da proibição da discriminação em razão da nacionalidade que beneficie os nacionais de países terceiros (4.3.) e, finalmente, de que forma o referido princípio recebe acolhimento nos atos de direito derivado (4.4.).

##### 4.1. A PROBLEMÁTICA DA APLICAÇÃO DO ART. 18.º TFUE AOS NACIONAIS DE PAÍSES TERCEIROS

Vários os autores afirmam que a integração europeia, a criação de uma cidadania da União e o surgimento de competências em matéria de política de imigração vieram criar um fosso entre o estatuto dos nacionais de Estados-Membros e os nacionais de países terceiros<sup>1175</sup>. Porém, reconhecer esses efeitos à cidadania europeia seria uma desvirtualização dos fins da mesma, que não nasceu com objetivos de exclusão<sup>1176</sup>.

Estabelecerá o Direito da UE um mecanismo adequado para combater a discriminação em razão da nacionalidade entre cidadãos da UE e estrangeiros?

A proibição da discriminação em razão da nacionalidade foi sempre um dos pilares fundamentais do processo de construção europeia. O TCE proibia toda e qualquer discriminação em função da nacionalidade, o que era reforçado em relação à livre circulação de trabalhadores. Atualmente, o art. 18.º do TFUE estipula que «no âmbito de aplicação dos Tratados, e sem prejuízo das suas disposições especiais, é proibida toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade».

---

<sup>1174</sup> CARLA AMADO GOMES & ANABELA COSTA LEÃO, *A Condição de Imigrante...*, p. 49. Sobre o princípio da proibição da discriminação na UE, em geral, v. EVELYN ELLIS, *EU Anti-Discrimination Law...*

<sup>1175</sup> HÉLÈNE RANNOU refere que o reconhecimento de um direito de livre circulação da titularidade dos cidadãos da UE levou a que muitos Estados-Membros, pretendendo conservar o que restava da prerrogativa de controlo da entrada e permanência de estrangeiros no território, tenham adotado medidas protecionistas em relação aos nacionais de terceiros países não ligados a cidadãos da UE. Cf. “La citoyenneté européenne...”, p. 45. No mesmo sentido, refere JORGE PEREIRA DA SILVA que a cidadania europeia «encerra uma tensão entre o reforço da identidade europeia e da solidariedade entre europeus e a fragilidade da situação dos nacionais de países terceiros». JORGE PEREIRA DA SILVA, *Direitos de Cidadania...*, p. 62. Preocupações semelhantes são ainda reveladas por MÁRIO TORRES, “Prefácio...”, p. 26.

<sup>1176</sup> Referindo que uma das «promessas» da cidadania europeia foi a de funcionar como meio de acomodar a diferença, PATRÍCIA JERÓNIMO, “Imigração e minorias... », p. 15. V., ainda, SARA IGLESIAS SÁNCHEZ, “Fundamental Rights Protection...”, p. 137.

Porém, esta proibição levantou sempre dúvidas em relação ao seu âmbito – ela reporta-se apenas às discriminações entre nacionais de Estados-Membros da UE ou abrange também as discriminações em relação a nacionais de países terceiros<sup>1177</sup>?

A maior parte dos autores tem sido da opinião que tal proibição apenas se aplica às distinções entre nacionais de Estados-Membros<sup>1178</sup>. Alguns desses autores invocam que o TJUE nunca pôs em causa a interpretação, tendo demonstrado, pelo contrário, reconhecer limites à igualdade de tratamento em relação aos nacionais de países terceiros<sup>1179</sup>.

Outros autores advogam o contrário. ELSPETH GUILD e STEVE PEERS referem que a letra da disposição hoje constante do art. 18.º do TFUE não exclui os nacionais de países terceiros, nem limita o seu campo de aplicação aos cidadãos da UE<sup>1180</sup>. Estes autores rejeitam qualquer posição extrema – quer a de que a proibição de discriminação apenas se aplica a cidadãos da UE, quer ainda a de que se aplica plenamente aos nacionais de países terceiros. De facto, referem eles que interpretar a disposição hoje constante do art. 18.º do TFUE no sentido da abolição de qualquer discriminação entre cidadãos da UE e estrangeiros seria não tomar em consideração as disposições especiais do Tratado que estabelecem um tratamento especial dos cidadãos da UE<sup>1181</sup>. Mas, pelo contrário, referir que ela apenas se aplica aos nacionais de Estados-Membros seria ignorar que os Tratados também abrangem os estrangeiros no seu campo de aplicação.

Ora, quanto a nós, a própria redação do art. 18.º do TFUE resolve as dúvidas expostas pelos autores. De facto, ela ressalva as disposições especiais dos Tratados. E de facto, quando os mesmos pretendem restringir o âmbito de aplicação de certas normas aos cidadãos da UE, fazem-no expressamente.

Quanto à jurisprudência do TJ, é verdade que durante algum tempo a mesma não clarificou satisfatoriamente o âmbito de aplicação dessa norma, evitando usar fórmulas que optassem por excluir ou incluir expressamente nacionais de países terceiros no mesmo. Em alguns casos, referiu que a norma exigia de cada Estado-Membro que assegurasse uma igualdade de tratamento completa entre os seus nacionais e os nacionais de outros Estados-Membros<sup>1182</sup>. No entanto, noutros casos, pareceu apontar para um sentido mais amplo do princípio da proibição da discriminação, referindo que, ao proibir a discriminação em função da nacionalidade, o Tratado requer um tratamento igual entre as pessoas em qualquer situação regulada pelo Direito da UE. É certo que estas afirmações foram feitas em contextos em que estava apenas em causa o tratamento de nacionais de Estados-Membros da UE<sup>1183</sup>.

---

<sup>1177</sup> V. o estudo de 1996 de STEVE PEERS, “Towards Equality...”, p. 7 e ss.

<sup>1178</sup> PHILIPPE DE BRUYCKER, “Vers un Statut...”, p. 237, JOANNA APAP, “Transfer of Competence: Between Sovereignty...”, p. 56, MARIONA ILLAMOLA DAUSA, “Égalité et Intégration...”, p. 177, EDOUARD DUBOUT, *L’article 13 du Traité...*, p. 476, SARA BENEDI LAHUERTA, “Race Equality and TCNs...”, p. 739, EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE NON-DISCRIMINATION FIELD, *Links between Migration...*, p. 5, MARÍA DÍAZ CREGO, “El Derecho a no ser discriminado...”, p. 145, ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A Igualdade e a Não Discriminação...*, p. 106, KEES GRONENDIJK, “Introduction: Migration and Law in Europe...”, p. 21, LOUISE HALLESKOV STORGAARD, “The Long-Term Residents Directive...”, p. 309.

<sup>1179</sup> BRUNO DE WITTE, “The Past and the Future Role...”, p. 862, MARK BELL, *Anti-Discrimination Law...*, p. 33 e ss., e, entre nós, ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A Igualdade e a Não Discriminação...*, p. 105 e 154 e, da mesma autora, “Does the Treaty of Lisbon Really...”, p. 186.

<sup>1180</sup> ELSPETH GUILD & STEVE PEERS, “Out of the Ghetto?...”, p. 110 e ss.

<sup>1181</sup> *Idem*, p. 111.

<sup>1182</sup> Ac. de 06/06/2002, *Ricordi*, proc. n.º 360/00.

<sup>1183</sup> Assim, os Ac. de 02/02/1989, *Cowan*, proc. n.º 186/87, Ac. de 20/10/1993, *Collins*, proc. n.º C-92/92 e C-326/92, Ac. de 20/03/1997, *Hayes*, proc. n.º C-323/95 e Ac. de 02/10/1997, *Saldanha*, proc. C-122/96.

Por outro lado, num caso mais recente, o TJ referiu que o princípio da proibição da discriminação aqui em análise respeitava às situações em que um nacional de um Estado-Membro sofre um tratamento discriminatório em relação aos nacionais de outros Estados-Membros, não se destinando a aplicar em casos de possível tratamento diferenciado entre nacionais de Estados-Membros e nacionais de países terceiros<sup>1184</sup>.

Ora, nós julgamos não fazer sentido excluir *a priori* do âmbito de aplicação do art. 18.º do TFUE os nacionais de países terceiros. Há que ter em conta que, quando esta norma surgiu, ela tinha como objetivo facilitar a livre circulação dos nacionais de Estados-Membros e a realização do mercado comum. Assim, o princípio da proibição da discriminação não era um fim em si mesmo, mas um meio para atingir outro fim – as liberdades necessárias à construção do mercado interno<sup>1185</sup>. Porém, este estado de coisas foi-se alterando com o aprofundamento da dimensão política da integração europeia. Nas palavras de ANA MARIA GUERRA MARTINS, «[a] integração política tem subjacente uma lógica de legitimação democrática da comunidade humana, social e política em que se fundamenta (...). O ser humano deixa de ser visto como mero agente económico (...) para passar a ser encarado como ser humano e, como tal, deve ocupar um lugar central»<sup>1186</sup>. Os motivos que inicialmente apontavam no sentido de se reservar o princípio apenas aos nacionais de Estados-Membros deixaram, pois, de fazer sentido com o aprofundamento da integração. Como refere a autora, a progressiva transformação das Comunidades e da UE num entidade política, que, aliás, afirma ter as suas bases em determinados princípios éticos (art. 2.º do TUE) – entre os quais se conta o *princípio da igualdade* -, não pode deixar de ter um impacto num entendimento mais alargado do princípio da proibição da discriminação, já que a UE tem de passar a respeitar os princípios do constitucionalismo moderno<sup>1187</sup>. Mais, com o alargamento das competências da União em direção à criação de direitos e deveres dos estrangeiros, não faria sentido excluí-los desta norma - que se aplica «no âmbito de aplicação dos Tratados»<sup>1188</sup>. É, pois, altura de colocar em causa a estreiteza do campo de aplicação do princípio da não discriminação em função da nacionalidade. Assim, também nós defendemos uma extensão deste princípio aos nacionais de Estados terceiros<sup>1189</sup>.

A generalização deste entendimento dependerá, contudo, de uma autonomização da norma em relação às suas raízes, e de se imbuir de uma nova teleologia, assente apenas na proteção dos direitos fundamentais.

De qualquer forma, da recente jurisprudência do TJ no que toca ao desenvolvimento dos direitos garantidos pelos instrumentos em matéria de imigração, resultam indícios positivos nesta orientação. Tome-se como exemplo o Acórdão no caso *Chakroun*, em que, para densificar os direitos a reconhecer aos nacionais de países terceiros, o TJ se referiu por

<sup>1184</sup> Ac. de 04/06/2009, *Vatsouras e Koupatantze*, procs. n.º C-22/08 e C-23/08.

<sup>1185</sup> ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A Igualdade e a Não Discriminação...*, p. 201. Daí que a discriminação dos nacionais de terceiros Estados apenas interessava ao TJ apenas na medida em que ela impedia, prejudicava ou restringia a liberdade de circulação dos nacionais dos Estados-Membros.

<sup>1186</sup> *Idem*, p. 495.

<sup>1187</sup> Assim, ANA MARIA GUERRA MARTINS, “Does the Treaty of Lisbon Really...”, p. 187 e, da mesma autora, o estudo “Os Fundamentos Axiológicos...”, p. 47 e ss.

<sup>1188</sup> MARK BELL, *Anti-Discrimination Law...*, p. 37, SARA BENEDI LAHUERTA, “Race Equality and TCNs...”, p. 751 e ANA MARIA GUERRA MARTINS, “Does the Treaty of Lisbon Really...”, p. 187.

<sup>1189</sup> No mesmo sentido, JEAN-YVES CARLIER, *La Condition des Personnes dans l'Union Européenne...*, p. 236, CHLOÉ HUBLET, “The Scope of Article 12...”, p. 758, SARA IGLESIAS SÁNCHEZ, “Fundamental Rights Protection...”, p. 149, PIETER BOELES, MAARTEN DEN HEIJER, GERRIE LODDER & KEES WOUTERS, *European Migration Law...*, p. 21.

analogia a um caso emanado no contexto da livre circulação de cidadãos da UE<sup>1190</sup>. O relatório da EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE NON-DISCRIMINATION FIELD, refere, por seu turno, que a proibição da discriminação em razão da nacionalidade está a surgir enquanto princípio geral de direito europeu dos direitos humanos, sendo já reconhecido por um elevado número de Estados-Membros<sup>1191</sup>.

Não obstante, importa referir que, ao considerarmos que os estrangeiros beneficiam do direito a ser protegidos contra discriminações em razão da nacionalidade não significa defender que os mesmos possuam um direito a um tratamento igualitário absoluto. Tal como considerámos no Capítulo I desta Parte ser possível encontrar justificações objetivas e razoáveis para distinções entre cidadãos nacionais e estrangeiros, também consideramos ser isso possível no que toca a distinções entre cidadãos da UE e nacionais de países terceiros<sup>1192</sup>. Desde logo, os primeiros beneficiam de um estatuto próprio – a cidadania europeia, que justifica que alguns dos direitos apenas a eles sejam conferidos. Entre eles estão os direitos de carácter político, bem como o direito de livre circulação. Trata-se de direitos intimamente ligados à sua qualidade de cidadãos desta ordem política, pelo que faz sentido que sejam uma exceção ao princípio da universalidade sem que haja violação do princípio da proibição de discriminação<sup>1193</sup>. O paralelismo entre estas exceções e as que resultavam, no mesmo contexto, dos instrumentos de proteção dos direitos humanos é, pois, notório.

#### 4.2. O ART. 19.º TFUE E DIREITO DERIVADO

O TFUE contém ainda outra norma respeitante ao princípio da proibição de discriminação - o art. 19.º, que insta as instituições da UE a adotarem medidas para combater a discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual.

Esta norma teve na sua origem a proliferação dos fenómenos do racismo e da xenofobia<sup>1194</sup>. Não obstante, também ela tem um âmbito de aplicação limitado, apenas abrangendo os fatores de discriminação expressamente proibidos, os quais não referem a nacionalidade<sup>1195</sup>. Para além do mais, a disposição em causa não poder ser diretamente invocada, pois trata-se apenas de uma cláusula de habilitação, pelo que não estabelece

---

<sup>1190</sup> Ac. de 04/03/2010, *Chakroun*, proc. n.º C-578/08, que se referiu por analogia ao caso *Eind* (Ac. de 11/12/2007, *Eind*, proc. n.º C-291/05).

<sup>1191</sup> EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE NON-DISCRIMINATION FIELD, *Links between Migration...*, p.6.

<sup>1192</sup> Assim, também CHLOÉ HUBLET, “The Scope of Article 12...”, p. 770. Note-se que a jurisprudência do TJ acerca do princípio da igualdade retoma, grosso modo, os critérios usados pelo TEDH. Cf. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A Igualdade e a Não Discriminação...*, p. 177.

<sup>1193</sup> Assim o decidiu o TEDH nos já referidos Ac. de 18-02-1991, *Moustaquim c. Bélgica*, queixa n.º 12313/86 e Ac. de 07/08/1996, *C. c. Bélgica*, queixa n.º 21794/93. Em sentido semelhante, ANA MARIA GUERRA MARTINS, referindo que «o facto de alguns direitos associados à cidadania da União serem reservados aos cidadãos da União (...) não levantaria, em princípio, objecções substanciais, uma vez que no Estado a dicotomia nacional / estrangeiro é algo de inerente à cidadania». Cf. *A Igualdade e a Não Discriminação...*, p. 229.

<sup>1194</sup> Sobre os antecedentes da norma, v. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *idem*, p. 410. Sobre o significado dos vários motivos proibidos de distinção, v. EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE NON-DISCRIMINATION FIELD, *Links between Migration...*, p. 19.

<sup>1195</sup> SARA BENEDI LAHUERTA refere que a omissão foi propositada, devido a falta de consenso dos Estados-Membros na matéria. Cf. “Race Equality and TCNs...”, p. 740.

verdadeiramente uma proibição de discriminação, nem, por isso, um direito subjetivo à não discriminação com fundamento nas razões enumeradas<sup>1196</sup>. Não obstante, consideramos que podemos retirar daqui um princípio geral da UE de proibição de discriminação. Apesar de a nacionalidade em si não se encontrar referida como uma causa de discriminação proibida, os nacionais de países terceiros continuam a poder beneficiar deste princípio, não podendo ser discriminados com fundamento nos motivos enumerados<sup>1197</sup>.

A Diretiva 2000/43/CE de 29 de junho de 2000, que implementa o princípio da igualdade de tratamento entre pessoas independentemente de origem racial ou étnica, foi o primeiro instrumento destinado a desenvolver o então art. 13.º do TCE<sup>1198</sup>. Ela fundamenta-se na dignidade humana e tem como objetivo o desenvolvimento do ELSJ, nomeadamente no que diz respeito às conclusões do Conselho Europeu de Tampere. Este instrumento proíbe a discriminação com base na origem étnica ou racial, no que toca a emprego e acesso a determinados direitos económicos e sociais. O preâmbulo menciona expressamente que ele se aplica aos nacionais de países terceiros. Não obstante, o art. 3.º, n.º2, estipula que não se aplica, porém, às diferenças de tratamento baseadas na nacionalidade e vigora «sem prejuízo das disposições relativas às condições de entrada e residência de nacionais de países terceiros no território»<sup>1199</sup>. O objetivo inicial desta limitação era evitar que as proibições de trabalhar justificadas com o estatuto ilegal no território fossem consideradas discriminatórias<sup>1200</sup>.

Não obstante, concordamos com alguns autores quando referem que as disposições desta Diretiva podem proteger os nacionais de países terceiros contra discriminações baseadas na nacionalidade. Por exemplo, tal proteção poderá alcançar-se através de uma interpretação alargada do que se deve considerar «discriminação racial», no sentido de se entender que a mesma abrange os casos de discriminação em relação a nacionais de países terceiros<sup>1201</sup>. Essa posição recebeu acolhimento por parte da Comissão Europeia contra o Racismo e Intolerância do Conselho da Europa, que deu a seguinte noção de “racismo”: «“*racism*” shall mean the belief that a ground such as race, colour, language, religion, nationality or national or ethnic origin justifies contempt for a person or a group of persons, or the notion of superiority of a person or a group of persons»<sup>1202</sup>. O TJ já teve também ocasião de adotar um entendimento semelhante. No caso *Feryn*<sup>1203</sup>, considerou que determinadas declarações, depreciativas de determinada

---

<sup>1196</sup> SARA BENEDI LAHUERTA, *idem*, p. 740, ANA MARIA GUERRA MARTINS, *idem*, p. 427.

<sup>1197</sup> No sentido de a disposição ser generalizadamente tida como aplicável aos nacionais de países terceiros, SARA BENEDI LAHUERTA, *idem*, p. 741.

<sup>1198</sup> Sobre o regime da Diretiva, v. LISA WADDINGTON & MARK BELL, “More Equal than Others...”, p. 587 e ss., MARK BELL, “Beyond European...”, p. 384 e ss., FERNNE BRENNAN, “The race directive...”, p. 311 e ss., MARIONA ILLAMOLA DAUSÀ, “Égalité et Intégration...”, p. 179 e ss., ELISE MUIR, “Enhancing the Protection of Third-Country Nationals...”, p. 141 e ss., EVELYN ELLIS, *EU Anti-Discrimination Law...*, p. 210 e ss.

<sup>1199</sup> Considerando 13. Para uma crítica, v. SARA BENEDI LAHUERTA, “Race Equality and TCNs...”, p. 750. Sobre os trabalhos preparatórios que conduziram a esta exclusão, v. RYSZARD CHOLEWINSKI, “Borders and Discrimination...”, p. 95. Esta Diretiva foi transposta para a ordem nacional pela Lei n.º 18/2004, de 11 de maio.

<sup>1200</sup> EDOUARD DUBOUT, *L’article 13 du Traité...*, p. 477.

<sup>1201</sup> Assim, SARA BENEDI LAHUERTA, “Race Equality and TCNs...”, p. 752 e ss.

<sup>1202</sup> Sublinhado nosso. V. CONSELHO DA EUROPA, Comissão Europeia contra o Racismo e Intolerância, General Policy Recommendation no. 7 on national legislation to combat racism and racial discrimination, de 17/02/2003.

<sup>1203</sup> Ac. de 10/07/2008, *Feryn*, proc. n.º C- 54/07.

*nacionalidade*, constituíam discriminação *racial*<sup>1204</sup>. Por outro lado, as diferenças de tratamento baseadas na nacionalidade podem constituir uma forma de discriminação indireta baseada na raça, origem étnica ou religião, e, por isso, serem abrangidas pela Diretiva por esta via<sup>1205</sup>.

Assim, o art. 19.º do TFUE pode acabar por constituir uma importante fonte de proteção dos nacionais de países terceiros, precisamente pelo facto de estes poderem ser discriminados também por fatores como sejam a etnia ou religião<sup>1206</sup>.

#### 4.3. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO NA CDFUE

A CDFUE dedica o Título III, por inteiro, ao princípio da igualdade. Começa por afirmar, no art. 20.º, que «todas as pessoas são iguais perante a lei». Esta “igualdade” diz respeito a *todos os direitos*, encontrem-se ou não enunciados na CDFUE. Depois, ela é garantida a *todas as pessoas*, e não apenas aos “cidadãos”<sup>1207</sup>. Neste ponto, a CDFUE inspirou-se no Protocolo n.º 12 anexo à CEDH<sup>1208</sup>.

O art. 21.º da CDFUE determina, sob a epígrafe *Não Discriminação*: «[é] proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções religiosas, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual». Esta norma não distingue entre nacionais da UE e nacionais de países terceiros, pelo que é aplicável a todas as pessoas. A disposição foi inspirada pelo art. 14.º CEDH<sup>1209</sup> e pelo então art. 13.º TCE (e que corresponde ao atual art. 19.º do TFUE)<sup>1210</sup>, embora apresente várias diferenças em relação a ambas. Desde logo, contrariamente ao art. 14.º da CEDH, reveste uma dimensão autónoma, proibindo a discriminação independentemente da ligação a um dos direitos plasmados no catálogo. Por outro lado, contrariamente ao atual art. 19.º do TFUE, esta norma reconhece *diretamente* aos indivíduos um *direito* à não discriminação, *i.e.*, o direito do indivíduo a não ser tratado desfavoravelmente em relação aos demais, ou mesmo privado de qualquer direito ou sujeito a qualquer dever em virtude de qualquer das categorias proibidas.

A menção à proibição de discriminação em função da nacionalidade é, mais uma vez, ausente. Porém, a enumeração do n.º1 do art. 21.º não é taxativa. Assim, para além dos motivos expressamente mencionados, do direito internacional e das tradições constitucionais

---

<sup>1204</sup> Estava em causa a declaração de um gerente de uma empresa que referiu que a mesma não tencionava recrutar *marroquinos*. O TJ considerou que a declaração em causa era subsumível ao conceito de discriminação étnica ou racial.

<sup>1205</sup> Sobre este ponto, v. EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE NON-DISCRIMINATION FIELD, *Links between Migration...*, p. 7.

<sup>1206</sup> ANA MARIA GUERRA MARTINS, “Does the Treaty of Lisbon Really...”, p. 201.

<sup>1207</sup> Chamando a atenção para o mesmo facto, v. RICARDO LEITE PINTO, “Art. 20.º - Igualdade...”, p. 258.

<sup>1208</sup> GUY BRAIBANT, *La Charte des Droits Fondamentaux...*, p. 152. Para desenvolvimentos sobre esta norma, v. FERDINAND MELIN-SOUCRAMANIEN, “Article II-80...”, p. 283 e ss, EU NETWORK OF INDEPENDENT EXPERTS ON FUNDAMENTAL RIGHTS, *Commentary of the Charter...*, p. 183 e ss.

<sup>1209</sup> Assim, como têm afirmado os vários comentários à CDFUE, na medida em que coincida com essa norma, é aplicável em conformidade com a mesma. Cf. MARIANA CANOTILHO, “Art. 20.º - Não Discriminação...”, p. 260.

<sup>1210</sup> EU NETWORK OF INDEPENDENT EXPERTS ON FUNDAMENTAL RIGHTS, *Commentary of the Charter...*, p. 191.



comuns aos Estados-Membros poderão relevar outros, em conformidade com o art. 6.º, n.º3 do TUE<sup>1211</sup>.

Por seu turno, o n.º2 refere perentoriamente que, no âmbito de aplicação dos Tratados, e sem prejuízo das suas disposições específicas, é proibida toda a discriminação em razão da nacionalidade. Resta saber se este normativo apenas se aplica aos cidadãos da UE, uma vez que ele se encontra ligado historicamente à norma hoje constante do art. 18.º do TFUE. Ora, a maior parte dos autores, entendendo que este último apenas se aplicava a nacionais de Estados-Membros, interpretam esta norma da CDFUE da mesma forma<sup>1212</sup>. Invocam, em particular, que ela visou reproduzir literalmente a mencionada norma do Tratado, a fim de se evitar qualquer ambiguidade<sup>1213</sup>. Neste sentido, MARIANA CANOTILHO, refere que «ao prever a sua proibição sem prejuízo da aplicação das disposições específicas dos Tratados está-se, no fundo, a afirmar a proibição de não discriminação em razão da nacionalidade para os cidadãos da União Europeia, já que o tratamento diferenciado, com fundamento na nacionalidade, de cidadãos de países terceiros não é tido por discriminatório face ao direito da União»<sup>1214</sup>. Essa mesma é a interpretação da Comissão, que refere que o direito à não discriminação com base na nacionalidade apenas beneficia os cidadãos da União<sup>1215</sup>.

FABRICE PICOD, por seu turno, defende uma posição que podemos apelidar de *ecclética*, referindo que os nacionais de países terceiros estão abrangidos pelo âmbito de aplicação da norma, mas apenas no sentido de se proibir discriminações devido à sua *particular nacionalidade*<sup>1216</sup>.

JEAN-YVES CARLIER aponta como principal lacuna da CDFUE a ausência de um princípio geral de não discriminação em razão da nacionalidade<sup>1217</sup>. O autor considera inclusivamente que a ausência da referência a nacionalidade não se pode suprimir com o recurso ao termo “designadamente” usado pelo n.º 1 do art. 21.º na enumeração dos motivos proibidos de discriminação, já que a discriminação em razão da nacionalidade é objeto de uma referência específica<sup>1218</sup>. Para o autor, a melhor opção teria sido inscrever expressamente no n.º 1 a nacionalidade como um motivo proibido de discriminação<sup>1219</sup>.

Porém, julgamos que o raciocínio do autor parte do pressuposto de que a autonomização da proibição da discriminação em razão da nacionalidade prevista no n.º 2 do art. 21.º significa que os estrangeiros estão excluídas da mesma. Temos dúvidas no que toca a esta

---

<sup>1211</sup> EMMANUEL DECAUX, “Article II – 81§1 ...”, p. 293, ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A Igualdade e a Não Discriminação...*, p.103.

<sup>1212</sup> JEAN-YVES CARLIER, “La Place des Ressortissants...”, p. 192, MARK BELL, “Invisible Actors?...”, p. 349, MARIONA ILLAMOLA DAUSA, “Égalité et Intégration...”, p. 179.

<sup>1213</sup> EMMANUEL DECAUX, “Article II – 81§1 ...”, p. 294. O autor refere que esta proibição não é uma variante de um princípio geral de proibição da discriminação em razão da nacionalidade, mas uma consagração do princípio do tratamento comunitário, do qual apenas beneficiam os nacionais de Estados-Membros. Por seu turno, GUY BRAIBANT refere ainda que o intérprete se deve recorrer, neste ponto, da jurisprudência do TEDH, que tem considerado legítimas as distinções entre cidadãos da UE e nacionais de países terceiros. Cf. *La Charte des Droits Fondamentaux...*, p. 156.

<sup>1214</sup> MARIANA CANOTILHO, “Art. 20.º - Não Discriminação...”, p. 267.

<sup>1215</sup> Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões relativa à Imigração, à Integração e ao Emprego, COM (2003) 336 final, de 03/06/2003, p. 24.

<sup>1216</sup> FABRICE PICOD, “Article II – 81 - §2...”, p. 307.

<sup>1217</sup> JEAN-YVES CARLIER, “La Place des Ressortissants...”, p. 179.

<sup>1218</sup> *Idem*, p. 192.

<sup>1219</sup> *Idem*, p. 198.

ilação. De facto, como o n.º 2 não exclui expressamente os nacionais de países terceiros do seu campo de aplicação, continuamos a defender a mesma posição que adotamos em relação ao art. 18.º do TFUE. Assim, julgamos que a possibilidade de distinções entre os cidadãos da UE e os nacionais de países terceiros se pode englobar no n.º 2 do art. 21.º, que proíbe a discriminação em razão da nacionalidade «sem prejuízo das disposições especiais» dos Tratados<sup>1220</sup>.

Mais. Se recorrermos ao art. 53.º da CDFUE, que consagra o princípio do tratamento mais favorável, exigindo que as suas normas sejam interpretadas no sentido de não restringir direitos fundamentais reconhecidos por exemplo pela CEDH, seremos obrigados a ter em conta o art. 14.º e o Protocolo n.º 12 deste instrumento que, como vimos, não só incluem os nacionais de países terceiros nos seus âmbitos de aplicação, como ainda consideram as discriminações em razão da nacionalidade como categorias “suspeitas”<sup>1221</sup>.

KEES GRONENDIJK, por seu turno, considera que se o art. 21.º, n.º2 da Carta tivesse exatamente o mesmo significado que o art. 18.º, n.º1 do TFUE, não teria qualquer efeito útil<sup>1222</sup>.

Por fim, importa ainda sublinhar que a CDFUE favorece uma interpretação ampla do âmbito de proteção da proibição da discriminação em favor da nacionalidade, já que eleva o princípio da igualdade a um princípio-chave da UE<sup>1223</sup> e se encontra fundada no princípio da universalidade. Todos os princípios interpretativos da Carta apontam, pois, para que se considere que os nacionais de países terceiros estão abrangidos pelo art. 21.º, n.º2. ANA MARIA GUERRA MARTINS invoca em particular o princípio da dignidade da pessoa humana e a sua interligação com o princípio da igualdade, que impõe que os direitos consagrados na CDFUE tenham de ser interpretados e aplicados de harmonia com a mesma<sup>1224</sup>.

Assim, resta concluir que resulta do princípio da proibição da discriminação ínsito na CDFUE, aliado aos demais princípios consagrados na Carta, que a *discriminação* entre nacionais e estrangeiros deve ser proibida.

#### 4.4. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO NA POLÍTICA EUROPEIA COMUM DE IMIGRAÇÃO

Por fim, importa referir que vários instrumentos destinados ao desenvolvimento da política europeia comum de imigração têm consagrado diversos direitos de igualdade de tratamento entre nacionais de países terceiros e cidadãos da UE.

Importa referir, desde logo, a Diretiva relativa ao estatuto de residente de longa duração, já que um dos objetivos deste instrumento foi, precisamente, implementar o objetivo de tratamento equitativo enunciado pelo Conselho Europeu de Tampere. Assim, o

---

<sup>1220</sup> Assim, também, EU NETWORK OF INDEPENDENT EXPERTS ON FUNDAMENTAL RIGHTS, *Commentary of the Charter...*, p. 194, PIETER BOELES, MAARTEN DEN HEIJER, GERIE LODDER & KEES WOUTERS, *European Migration Law...*, p. 184..

<sup>1221</sup> No mesmo sentido, STEVE PEERS, “Immigration, Asylum and the European Union Charter...” (2012), p. 464.

<sup>1222</sup> KEES GRONENDIJK, “Introduction: Migration and Law in Europe...”, p. 21. Recorde-se que o autor considera que a mencionada norma do TFUE apenas se aplica aos cidadãos da UE.

<sup>1223</sup> Assim, SARA BENEDI LAHUERTA, “Race Equality and TCNs...”, p. 753.

<sup>1224</sup> Cf. *A Igualdade e a Não Discriminação...*, p. 530 e ss.

considerando n.º 12 menciona o princípio da igualdade de tratamento com os direitos de que gozam os titulares do estatuto. O art. 11.º, por seu turno, garante o direito à igualdade de tratamento dos titulares do estatuto de residente de longa duração com os nacionais do Estado de acolhimento numa série de áreas, como as condições de acesso ao emprego e de salário, o reconhecimento de diplomas profissionais e outros títulos, o acesso à educação, à formação profissional, a bolsas de estudo, a prestações da segurança social<sup>1225</sup>.

No entanto, alguns autores referem que o objetivo de concessão de um tratamento equitativo ficou aquém do inicialmente preconizado<sup>1226</sup>. De facto, a Diretiva prevê algumas faculdades de derrogação do princípio do tratamento equitativo, como é caso, desde logo, da possibilidade de limitação desse tratamento às «prestações sociais de base» (art. 11.º, n.º4). No entanto, o TJ já teve oportunidade de referir que o direito à igualdade de tratamento nos setores mencionados na Diretiva constitui a *regra geral*, pelo que as derrogações previstas à mesma devem ser interpretadas de forma estrita<sup>1227</sup>. Por outro lado, afirmou que a lista de prestações sociais de base enunciadas não era exaustiva, e que o art. 34.º da CDFUE reconhece, para combater a pobreza e a exclusão social, «o direito a uma assistência social e a uma ajuda à habitação destinadas a assegurar uma existência condigna a todos aqueles que não disponham de recursos suficientes».

Por fim merecem ainda referência a Diretiva sobre o direito ao reagrupamento familiar, a Diretiva sobre admissão para efeitos de estudos ou de voluntariado, a Diretiva sobre admissão para efeitos de investigação científica e a Diretiva sobre as condições de entrada e de residência para efeitos de emprego altamente qualificado, que preveem direitos semelhantes de igualdade para os nacionais de países terceiros admitidos a entrar e residir nos territórios dos Estados-Membros. Por fim, a Diretiva relativa a um procedimento de pedido único de concessão de uma autorização única para os nacionais de países terceiros residirem e trabalharem no território de um Estado-Membro, visou também prever um conjunto comum de direitos para os trabalhadores de países terceiros que residem legalmente num Estado-Membro<sup>1228</sup>.

Não obstante, são ainda várias as normas em vigor que se coadunam mal com uma extensão do princípio da proibição da discriminação em função da nacionalidade aos nacionais de países terceiros. Assim, desde logo, as que preveem uma “preferência comunitária” em matéria de emprego<sup>1229</sup>. No entanto, sempre se dirá que essa diferenciação

---

<sup>1225</sup> Sobre este ponto v., para mais detalhes, STEVE PEERS, “Implementing Equality...”, p. 437 e ss., LOUISE HALLESKOV STORGAARD, “The Long-Term Residents Directive...”, p. 309 e ss. e, entre nós, MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Os Direitos Fundamentais dos Estrangeiros...*, p. 228 e ss.

<sup>1226</sup> Assim, o estudo de JOANA ROQUE LINO, “O Estatuto dos Nacionais de Países Terceiros...”, p. 57 e ss.

<sup>1227</sup> Cf. Ac. de 24/04/2012, *Kamberaj*, proc. C-256/11, em que o TJ considerou que a Diretiva se opunha a uma regulamentação nacional que previsse um tratamento diferente para um nacional de um país terceiro beneficiário do estatuto de residente de longa duração em relação ao reservado aos nacionais para a concessão de um auxílio para habitação.

<sup>1228</sup> Assim, o art. 12.º garante o direito à igualdade de tratamento em diversos domínios, como condições de trabalho, incluindo a remuneração e o despedimento, à liberdade de associação e de filiação numa organização representativa dos trabalhadores ou empregadores ou semelhantes, ao ensino e à formação profissional, ao reconhecimento de diplomas, certificados e outros títulos profissionais, em matéria de segurança social, aos benefícios fiscais, ao acesso a bens e serviços e ao fornecimento de bens e serviços à disposição do público, incluindo os procedimentos de obtenção de alojamento e ao aconselhamento prestado pelos serviços de emprego. Esta norma prevê, porém, várias possibilidades de limitações à igualdade de tratamento que deverão, julgamos nós, ser interpretadas restritivamente.

<sup>1229</sup> Assim, também, MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, “A Europa e o «Estrangeiro» ...”, p. 29. V., a título de exemplo, a faculdade, prevista no art. 11.º, n.º 3, al. a) da Diretiva 2003/109/CE do Conselho, de 25 de

tem vindo a ser mitigada, em alguns domínios, com a extensão dessa “preferência” aos detentores de estatuto de residente de longa duração ou que já residam no Estado-Membro em causa com um estatuto legal<sup>1230</sup>.

---

novembro de 2003 de imposição de restrições no acesso a atividades profissionais se tais atividades forem reservadas a nacionais, cidadãos da UE ou do EEE, de harmonia com a legislação nacional ou da União em vigor.

<sup>1230</sup> Assim, os art. 6.º e 8.º n.º2 da Diretiva sobre as condições de entrada e de residência de nacionais de países terceiros para efeitos de emprego altamente qualificado.

## CAPÍTULO III

### O ESTRANGEIRO COMO SUJEITO DE DIREITOS NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA

#### 1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS DOS ESTRANGEIROS EM PORTUGAL

Entre nós, durante algum muito tempo, os estrangeiros foram ignorados pelos textos constitucionais<sup>1231</sup>. As Constituições monárquicas reconheciam o princípio da igualdade perante a lei de todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado Português, embora o gozo dos direitos individuais aí consagrados estivesse apenas garantido aos portugueses<sup>1232</sup>. Assim, as três primeiras Constituições configuravam os direitos fundamentais como direitos dos portugueses<sup>1233</sup>.

Foi a Constituição de 1911 que, pela primeira vez, consagrou uma norma que reconhecia aos estrangeiros direitos em medida semelhante aos portugueses. Referia o art. 3.º: «a Constituição garante a portugueses e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança e à propriedade». Seguiu-se uma lista de direitos e garantias individuais atribuídos igualmente a portugueses e a estrangeiros. O Código Civil de 1867 previa, por seu turno, o princípio da equiparação dos direitos civis<sup>1234</sup>.

A Constituição de 1933, por seu turno, previa no art. 7.º um princípio geral de equiparação dos direitos dos estrangeiros aos dos portugueses, estipulando que os estrangeiros residentes em Portugal gozavam dos «mesmos direitos e garantias que os portugueses». Excecionavam-se os direitos políticos e os direitos públicos que se traduzissem em «encargos para o Estado», ressalvando-se a possibilidade de atribuição desses direitos através da aplicação do princípio da reciprocidade. Para além disso, a lei era admitida a prever outras exceções<sup>1235</sup>. Após a Revisão de 1951, a Constituição passou a referir-se expressamente à garantia dos direitos, liberdades e garantias individuais de nacionais e estrangeiros nas províncias ultramarinas, consagrando embora limitações no que respeita à possibilidade de recusa de entrada nas mesmas ou de expulsão, com fundamento em «graves inconvenientes de ordem interna ou internacional». Esta disposição desapareceu com a revisão de 1971, mantendo-se apenas a referência à recusa de entrada ou expulsão<sup>1236</sup>. A Constituição passou ainda a prever um

---

<sup>1231</sup> Para um estudo da evolução histórica do tratamento dos estrangeiros pela Constituição, v. MÁRIO TORRES, “O Estatuto Constitucional...”, p. 14 e JORGE MIRANDA, *Manual...* Tomo III, p. 145 -147.

<sup>1232</sup> A epígrafe do título I da Constituição de 1822 referia-se aos «direitos e deveres individuais dos portugueses». A epígrafe do título VIII da Carta Constitucional referia-se aos «direitos civis e políticos dos portugueses» e a epígrafe do título III da Constituição de 1838 aos «direitos e garantias dos portugueses».

<sup>1233</sup> JORGE MIRANDA, *Manual...* Tomo III, p. 146. A única exceção era o exercício do culto particular de outras religiões que não a católica, quando professada por estrangeiros (art. 25.º da Constituição de 1822 e art. 6.º da Carta Constitucional).

<sup>1234</sup> Nos termos do art. 26.º, «os estrangeiros que viajam ou residam em Portugal, têm os mesmos direitos ou obrigações civis dos cidadãos portugueses, enquanto aos actos que hão de produzir efeitos neste reino, excepto os casos em que a lei expressamente determine o contrário, ou se existir tratado ou convenção especial que determine ou regule de outra forma os seus direitos».

<sup>1235</sup> JORGE MIRANDA, *Manual...* Tomo III, p. 147.

<sup>1236</sup> Sobre este ponto, v. MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Os Direitos Fundamentais dos Estrangeiros...*, p. 91.

estatuto mais favorável para os cidadãos brasileiros, os quais, sob reserva de reciprocidade, podiam ser equiparados aos nacionais para efeitos de gozo de determinados direitos políticos, vedados aos demais estrangeiros<sup>1237</sup>.

O Código Civil de 1966, por seu turno, veio substituir o princípio da equiparação pelo da reciprocidade, no que toca ao gozo de direitos civis. Tal princípio encontra-se ainda plasmado no art. 14.º e foi justificado como um meio de contribuir para um mais amplo respeito dos direitos dos cidadãos portugueses no estrangeiro<sup>1238</sup>.

Na atual Constituição, são vários os princípios que garantem o reconhecimento de direitos fundamentais a estrangeiros. Esses vários princípios atuam em complementaridade uns dos outros. São eles: o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da universalidade, o princípio da igualdade, e finalmente o princípio da equiparação. Caberá analisá-los agora separadamente.

## 2. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Ao basear a República na dignidade da pessoa humana, a CRP visou demonstrar que a pessoa humana se sobrepõe à organização política e que é fim da atividade da mesma<sup>1239</sup>.

A proteção da dignidade a que o art. 1.º da CRP se vinculou está para além da cidadania portuguesa. Como referem J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, «os estrangeiros e os apátridas (...) têm a mesma dignidade dos cidadãos nacionais»<sup>1240</sup>. Também JORGE MIRANDA e ANTÓNIO CORTÊS retiram do art. 1.º a consequência de que «a dignidade da pessoa, sendo de todas as pessoas, refere-se quer a portugueses quer a estrangeiros»<sup>1241</sup>.

O princípio da dignidade da pessoa humana remete-nos, mais uma vez, para a ideia de um conjunto mínimo de direitos que nunca podem ser negados a nenhum ser humano. Ele impede que determinados os direitos imprescindíveis à dignidade da pessoa humana se possam reservar exclusivamente para os cidadãos nacionais<sup>1242</sup>. De facto, a base axiológica da dignidade humana impõe «o reconhecimento a todo o ser humano de um mínimo de direitos fundamentais, em qualquer parte e a todo o tempo»<sup>1243</sup>. Farão parte desse conjunto aqueles que são os direitos naturais do homem, imutáveis e intemporais, independentes de particularismos e, por isso, também da qualidade de cidadão<sup>1244</sup>.

---

<sup>1237</sup> Este tratamento especial tinha fundamento na Convenção de Brasília de 7 de setembro de 1971 sobre Igualdade de Direitos e Deveres entre Brasileiros e Portugueses. Sobre esta Convenção, v. MARIA LUÍSA DUARTE, *A Convenção de Brasília...*

<sup>1238</sup> Assim, FERRER CORREIA, “Direito Internacional Privado...”, p. 9.

<sup>1239</sup> J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, p. 198. No mesmo sentido, JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Estruturantes...*, p. 52.

<sup>1240</sup> J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, p. 199.

<sup>1241</sup> JORGE MIRANDA & ANTÓNIO CORTÊS, “Art. 1.º”, p. 85.

<sup>1242</sup> JORGE PEREIRA DA SILVA, *Direitos de Cidadania...*, p. 28. Apesar de a dignidade humana estar na base de todos os direitos, reconhece-se assim que há direitos que constituem o núcleo duro desta.

<sup>1243</sup> ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A Igualdade e a Não Discriminação...*, p. 529.

<sup>1244</sup> Para JORGE PEREIRA DA SILVA, *Direitos de Cidadania...*, p. 28.

O princípio da dignidade da pessoa humana é particularmente importante no que toca ao reconhecimento de um núcleo irreduzível de direitos de que o estrangeiro, mesmo em situação irregular, deve beneficiar<sup>1245</sup>.

### 3. O PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE

Para além do núcleo mínimo de direitos que, por serem intimamente ligados à dignidade da pessoa humana, são titulados pelo estrangeiro pela sua simples qualidade de ser humano, são-lhe ainda reconhecidos outros direitos constitucionais através de outros normativos. Um deles é o princípio da universalidade, plasmado no art. 12.º, o qual estipula que «todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição». A expressão escolhida pela CRP para delimitar o âmbito de aplicação do princípio da universalidade - “todos os cidadãos” - levanta, porém, algumas dúvidas.

No seu manual, GOMES CANOTILHO defende que esta norma visa consagrar o princípio geral de que os direitos fundamentais são direitos de todos, e não apenas dos portugueses, a não ser quando a Constituição ou a lei estabeleçam uma reserva de direitos para os cidadãos nacionais<sup>1246</sup>. Contrariamente, na *Constituição Anotada* com VITAL MOREIRA, os autores adotam uma posição que não é muito clara<sup>1247</sup>. Por um lado, começam por afirmar que «todas as pessoas, só pelo facto de serem pessoas, são, por isso mesmo, titulares de direitos (e deveres) fundamentais, são sujeitos constitucionais de direitos e deveres», o que apontaria para uma aplicação do princípio da universalidade aos estrangeiros, apenas pelo facto de serem *pessoas*. Porém, referem depois que «“cidadão” designa nesta norma, genericamente, o detentor da qualidade de cidadão português». Essa afirmação parece-nos dificilmente conciliável com a primeira, que refere que o princípio da universalidade derivava da qualidade de *pessoa*. É ainda dificilmente conciliável com outra consideração, feita mais à frente pelos autores: a de que, usando a CRP na enunciação dos direitos fundamentais, várias fórmulas - como “os cidadãos”, ou pura e simplesmente, “todos” - o sentido destas fórmulas era o mesmo. Ora, se assim é, então o princípio da universalidade aplicar-se-ia a *todos*, a não ser que se considere que os direitos fundamentais são só direitos dos portugueses, o que seria dificilmente conciliável com outros princípios constitucionais, como o da dignidade humana e da equiparação.

Por fim, os autores terminam referindo que o princípio da universalidade deve receber hoje uma leitura em conformidade com o direito da União Europeia, que implica a extensão de direitos a todos os cidadãos dos Estados-Membros. Apesar de concordarmos com este último ponto, consideramos que ele peca por defeito, já que o princípio da universalidade deve ser interpretado não só em conformidade com o direito da União Europeia, mas também de acordo com a DUDH e demais instrumentos de proteção dos direitos humanos, como exposto nas considerações prévias da presente dissertação, o que implica a sua extensão a todos os seres humanos.

---

<sup>1245</sup> Sobre este ponto, v. FANNY JACQUELOT, “Les Garanties Nationales et Supranationales...”, p. 270. Este entendimento tem sido amplamente desenvolvido pelo Tribunal Constitucional espanhol. Assim, na *Sentencia* n.º 107/1984, de 23/11/1984, afirmou que o estrangeiro, seja qual for a sua situação jurídica, beneficia da mesma forma que os espanhóis dos direitos inerentes à pessoa humana.

<sup>1246</sup> J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 416.

<sup>1247</sup> J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, p. 328.

Por seu turno, JORGE MIRANDA refere que esta norma tem por destinatários «todos os que fazem parte da comunidade política», por isso, todos os que fazem parte do povo<sup>1248</sup>. Assim, à semelhança de GOMES CANOTILHO e de VITAL MOREIRA, parece reservar o princípio da universalidade apenas para os membros da comunidade estadual, *i.e.*, para os cidadãos<sup>1249</sup>. No seu *Manual*, após retomar a mesma fórmula usada na *Constituição Anotada*, JORGE MIRANDA refere porém, que o princípio não é apenas pensado para os portugueses, mas também para os estrangeiros, quanto aos direitos e deveres não reservados pela Constituição e pela lei aos portugueses<sup>1250</sup>. Contudo, isso resultaria não do princípio da universalidade em si, pensado primordialmente para os cidadãos portugueses, mas sim da extensão desse princípio, através do art. 15.º (que consagra o princípio da equiparação), aos cidadãos estrangeiros<sup>1251</sup>.

JORGE PEREIRA DA SILVA, por seu turno, refere, numa das suas primeiras obras, que do facto de o art. 12.º referir “todos os cidadãos” não se pode concluir o que quer que seja em relação à titularidade de direitos fundamentais por parte de estrangeiros<sup>1252</sup>. Já na anotação feita ao artigo 15.º na *Constituição Anotada* organizada por JORGE MIRANDA & RUI MEDEIROS, refere ser «claro» que o âmbito subjetivo de proteção do art. 12.º «abrange *todas as pessoas sob jurisdição nacional*, independentemente de serem ou não detentoras da cidadania portuguesa»<sup>1253</sup>.

Para clarificar estas dúvidas, julgamos que se deverá ler o princípio da universalidade à luz dos instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos, como o exige o art. 16.º, n.º2, com a interpretação que lhe demos nas considerações preliminares. Isso implicará que, pelo menos no que toca aos direitos repetidos nesses instrumentos, terá de se aplicar o princípio da universalidade<sup>1254</sup>. Quer cidadãos nacionais quer estrangeiros, beneficiam desses direitos “repetidos”, a não ser que o gozo dos mesmos seja reservado expressamente aos cidadãos nacionais.

Por seu turno, o TC raramente invoca o princípio da universalidade nos processos em que está em causa a exclusão de estrangeiros do âmbito subjetivo dos direitos fundamentais. Ele prefere fundar o seu juízo apenas no princípio da equiparação, salvaguardado pelo art. 15.º. Porém, no Ac. n.º 365/2000<sup>1255</sup>, dá a entender que o princípio da universalidade se aplica aos estrangeiros. No caso, respeitante à exclusão dos estrangeiros do benefício de apoio judiciário, refere que «as limitações subjacentes ao princípio da universalidade (...) diferenciando os direitos dos cidadãos portugueses dos direitos dos estrangeiros e apátridas e subdistinguindo, ainda, os cidadãos de língua portuguesa e os cidadãos europeus – hão de ser materialmente fundadas, pressupondo uma justificação ou fundamento material». Não obstante, não fundamenta o juízo de inconstitucionalidade no art. 12.º, mas sim nos arts. 13.º, n.º1 e 15.º, n.º1.

---

<sup>1248</sup> “Art. 12.º”, p. 208.

<sup>1249</sup> Refere JORGE MIRANDA que o *povo* é a comunidade de cidadãos, e que a circunscrição dos membros de um povo é definida de acordo com as regras sobre aquisição e perda da cidadania. Cf. JORGE MIRANDA, *Manual...* Tomo III, p. 58 e 101.

<sup>1250</sup> JORGE MIRANDA, *Manual...* Tomo IV, p. 216.

<sup>1251</sup> No mesmo sentido, também GONÇALO SARAIVA MATIAS & PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS, *A Convenção Internacional...*, p. 126.

<sup>1252</sup> JORGE PEREIRA DA SILVA, *Direitos de Cidadania...*, p. 46.

<sup>1253</sup> JORGE PEREIRA DA SILVA, “Artigo 15.º...”, p. 264.

<sup>1254</sup> Assim, também, JORGE PEREIRA DA SILVA, *Direitos de Cidadania...*, p. 34.

<sup>1255</sup> Ac. n.º 365/2000, proc. n.º 91/00.



#### 4. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade diz respeito ao conteúdo dos direitos fundamentais – no sentido de que esse conteúdo deve ser o mesmo para todos os destinatários. Já o princípio da universalidade é um princípio que diz respeito à titularidade ou ao conjunto de destinatários dos direitos<sup>1256</sup>. A universalidade apresenta-se, assim, como uma questão prévia da igualdade<sup>1257</sup>. Dizendo de outra forma, com J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, «o princípio da igualdade tem a ver fundamentalmente com igual posição em matéria de direitos e deveres»<sup>1258</sup>.

O art. 13.º, que consagra o princípio da igualdade, proíbe no n.º2 discriminações em função de variados critérios. Ora, a nacionalidade não é prevista como critério proibido de discriminação. Isso, porém, não significa que o legislador possa estabelecer livremente diferenciações de tratamento entre os cidadãos portugueses e estrangeiros. Desde logo, porque a enumeração do art. 13.º não é taxativa, fundando-se os critérios expressamente referidos em razões históricas<sup>1259</sup>. Como referem CARLA AMADO GOMES & ANABELA COSTA LEÃO, a nacionalidade é uma cláusula suspeita “recente”<sup>1260</sup>. Para além disso, JORGE PEREIRA DA SILVA considera que a nacionalidade está indiretamente prevista nos motivos proibidos de discriminação, por se fazer aí referência aos critérios que presidem à atribuição da nacionalidade originária: a ascendência (*ius sanguinis*) e o território de origem (*ius soli*)<sup>1261</sup>.

Para além disso, há que referir o art. 26.º, n.º1 da CRP que, desde a revisão de 1997, consagra um direito à proteção legal contra todas as formas de discriminação.

Finalmente, há que sublinhar que a CRP consagra alguns princípios especiais de igualdade que dizem respeito, precisamente, aos estrangeiros. Veja-se em particular o art. 59.º, n.º1 que garante um conjunto de direitos a todos os trabalhadores, referindo expressamente que esses direitos devem ser reconhecidos sem distinção de cidadania.

Assim, apesar de o art. 13.º, «na esteira das fórmulas oitocentistas falar em igualdade dos cidadãos»<sup>1262</sup>, este princípio não pode deixar de se projetar na esfera de todas as pessoas. Isso implica que, se se considerar serem os estrangeiros titulares de um direito fundamental consagrado constitucionalmente, o conteúdo desse direito terá de ser, à partida, idêntico ao

---

<sup>1256</sup> JORGE MIRANDA & RUI MEDEIROS, *Constituição...*, 2.ª Edição, Tomo I, p. 208. Os autores referem que o princípio da universalidade se apresenta essencialmente como quantitativo, e o da igualdade como qualitativo.

<sup>1257</sup> JORGE PEREIRA DA SILVA, *Direitos de Cidadania...*, p. 30.

<sup>1258</sup> J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, p. 338.

<sup>1259</sup> JORGE PEREIRA DA SILVA, *Direitos de Cidadania...*, p. 30, J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, p. 340, JORGE MIRANDA & RUI MEDEIROS, *Constituição...*, 2.ª Edição, Tomo I, p. 230. Costuma referir-se que as causas aí assinaladas correspondem aos motivos que historicamente mais estiveram ligados a tratamentos discriminatórios.

<sup>1260</sup> CARLA AMADO GOMES & ANABELA COSTA LEÃO, *A Condição de Imigrante...*, p. 49.

<sup>1261</sup> JORGE PEREIRA DA SILVA, *Direitos de Cidadania...*, p. 30. Não obstante, é de notar que esses dois critérios não esgotam todas as formas de aquisição da nacionalidade, que pode ser ainda adquirida derivadamente do casamento, de união de facto ou de residência no território português. O autor refere que, se a nacionalidade originária é um critério arbitrário e desadequado para a definição do conteúdo dos direitos fundamentais de portugueses e estrangeiros, por identidade de razão, o mesmo se pode dizer face à nacionalidade derivada. ALEXANDRA CHÍCHARRO DAS NEVES considera que a referência a “território de origem” consagra, diretamente, a proibição de discriminação em função da nacionalidade. Cf. *Os Direitos do Estrangeiro...*, p. 59.

<sup>1262</sup> JORGE MIRANDA & RUI MEDEIROS, *Constituição...*, 2.ª Edição, Tomo I, p. 237.

direito de que é titular um cidadão português, a não ser que haja um fundamento bastante para o legislador estabelecer uma distinção<sup>1263</sup>.

#### 4.1. OUTRAS EXPERIÊNCIAS CONSTITUCIONAIS

A questão da aplicação do princípio da igualdade a estrangeiros tem sido discutida pelas instâncias fiscalizadoras da constitucionalidade de outros ordenamentos, que, de uma forma geral, têm considerado que os estrangeiros beneficiam do referido princípio.

##### 4.1.1. Espanha

O Tribunal Constitucional espanhol já teve oportunidade de se pronunciar sobre a aplicação do princípio da igualdade a estrangeiros. A *Sentencia* n.º 107/1984<sup>1264</sup> referiu que, apesar de o art. 14.º da Constituição (que consagra o princípio da igualdade) se referir exclusivamente a espanhóis, e não existir nenhum artigo que estenda essa igualdade a estrangeiros, daí não se pode retirar que os estrangeiros se encontram excluídos do referido princípio<sup>1265</sup>. O Tribunal apreciou vários casos a essa luz, mas, na maioria deles, não chegou a considerar que a diferença de tratamento se baseava unicamente na nacionalidade do recorrente<sup>1266</sup>. A decisão mais marcante neste contexto foi a *Sentencia* n.º 137/2000<sup>1267</sup>, em que este Tribunal afirmou expressamente que, apesar de o art. 14.º dispor que os espanhóis são «iguais perante a lei», a Constituição garantia a todas as pessoas todos os direitos imprescindíveis à dignidade humana, entre os quais se incluía o direito a não ser discriminado. A decisão não se limitou a afirmar o âmbito alargado da titularidade do direito à igualdade, «insinuando»<sup>1268</sup> ainda o caráter aberto das cláusulas de proibição de discriminação, de forma a poder incluir-se a nacionalidade como um motivo de discriminação.

A doutrina refere que, apesar de não se retirar da letra do art. 14.º um direito fundamental do estrangeiro a ser tratado de forma igual ao nacional, uma interpretação sistemática da Constituição impõe a exigência de uma base objetiva e razoável para se estabelecer ou manter diferenças de tratamento em função da nacionalidade no que toca aos direitos gozados por

---

<sup>1263</sup> Esse tem sido também o entendimento do legislador. Tome-se como exemplo a Lei n.º 134/99, de 28 de agosto, que concretiza o princípio da igualdade no que toca ao exercício de direitos fundamentais e ao acesso a direitos económicos, sociais e culturais e estabelece sanções em caso de discriminação em função da raça, cor, nacionalidade, ou origem étnica. Sobre esta Lei v., *inter alia*, JORGE BACELAR GOUVEIA, “A Lei da Anti Discriminação Racial...”, p. 19 e ss.

<sup>1264</sup> *Sentencia* n.º 107/1984, de 23/11/1984.

<sup>1265</sup> Este entendimento foi depois seguido em várias decisões, nomeadamente na *Sentencia* n.º 62/1994, de 28/02/1984. V. EMANUELLE ROSSI, “I diritti fondamentali...”, p. 120, JAVIER GARCÍA ROCA, “La titularidad constitucional...”, p. 80, CARLOS ORTEGA CARBALLO, “Los Derechos Fundamentales de los Extranjeros en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional...”, p. 7, MARÍA DÍAZ CREGO, “El Derecho a no ser discriminado...”, p. 117.

<sup>1266</sup> Assim, entre outras, a *Sentencia* n.º 130/1995, de 11/09/1995 e a *Sentencia* n.º 34/2004, de 8/03/2004. Na *Sentencia* n.º 5/2007, de 15/01/2007 considerou, porém, que a distinção entre trabalhadores tinha único fundamento na nacionalidade espanhola do grupo discriminado. Para mais referências, v. MARÍA DÍAZ CREGO, “El Derecho a no ser discriminado...”, p. 123.

<sup>1267</sup> *Sentencia* n.º 137/2000, de 30/06/2000.

<sup>1268</sup> A expressão é de v. FRANCISCO CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, “De la Igualdad como legalidad...”, p. 109.

ambos<sup>1269</sup>. Assim, vários autores defendem que, nos direitos de titularidade quer de nacionais quer de estrangeiros, a regulamentação deve ser, à partida, igual para ambos, pois ambos são plenamente titulares desses direitos<sup>1270</sup>. O legislador poderá estipular um tratamento diferenciado entre espanhóis e estrangeiros, mas o direito conservará um conteúdo mínimo igualmente protegido<sup>1271</sup>.

#### 4.1.2. Itália

A doutrina tem referido que a proteção dos direitos dos estrangeiros pela Constituição italiana se funda essencialmente em três disposições constitucionais<sup>1272</sup>: o art. 2.º, que reconhece e garante os direitos invioláveis do Homem, o art. 3.º, que estabelece o princípio da igualdade e da igual dignidade social, e o art. 10.º, n.º2, que refere que a «condição jurídica do estrangeiro» é regulada na lei e nos tratados.

O Tribunal Constitucional italiano declarou que o direito à igualdade, não obstante se referir expressamente a cidadãos, devia ser reconhecido de igual forma a estrangeiros, pelo menos nos casos em que estão em causa direitos invioláveis do ser humano<sup>1273</sup>. Posto isto, a doutrina tem-se preocupado em distinguir o que se deve entender por «direitos invioláveis» do ser humano<sup>1274</sup>.

O Tribunal já teve oportunidade de referir que esses direitos representam um conjunto menos vasto do que o conjunto de direitos reconhecido aos cidadãos<sup>1275</sup>. Na falta de um critério geral, procede a um exame caso a caso, para determinar quais os direitos a reconhecer aos estrangeiros<sup>1276</sup>. Mais recentemente, o Tribunal afirmou que a proibição de discriminação

---

<sup>1269</sup> M. MIGUEL RODRIGUEZ PINERO, “Les Droits Sociaux...”, p. 120.

<sup>1270</sup> *Idem*, p. 117.

<sup>1271</sup> Para mais desenvolvimentos, v. MARCO APARICIO WILHELMI, “El Reconocimiento Constitucional...”, p. 119, MARÍA DÍAZ CREGO, “El Derecho a no ser discriminado...”, p. 117 e ss.

<sup>1272</sup> EMANUELLE ROSSI, & PAOLO PASSAGLIA, “Les Droits et Libertés des Étrangers...”, p. 263, PAOLO PASSAGLIA, & ROBERTO ROMBOLI, “La condizione giuridica...”, p.16 e ss.

<sup>1273</sup> Ver em particular: *Sentenza* n.º 120/1967, de 15/11/1967, *Sentenza* n.º 104/1969, de 26/06/1969, *Sentenza* n.º 46/1977, de 04/01/1977, *Sentenza* n.º 54/1979 de 15/06/1979, e, por fim, a *Sentenza* n.º 105/2001, de 11/03/2001, onde afirmou que os direitos que a Constituição proclama invioláveis beneficiam os indivíduos não em razão da sua pertença a uma comunidade determinada, mas pelo simples facto de serem seres humanos. Assim, o art. 3, que consagra o princípio da igualdade, deve aplicar-se também aos estrangeiros, em particular em materia social. Sobre este ponto, v. FRANCESCO CERRONE, “Identità cívica...”, p. 455, PAOLO PASSAGLIA, & ROBERTO ROMBOLI, “La condizione giuridica...”, p. 33 e ss., CORTE COSTITUZIONALE, *La Condizione Giuridica dello Straniero Extracomunitario...*, p. 15, FRANCO BILE, *El Tribunal Constitucional...*, p. 2.

<sup>1274</sup> EMANUELE ROSSI, “I diritti fondamentali...”, p. 123 e ss. FRANCESCO CERRONE, nota, porém, que a terminologia usada pela *Corte Costituzionale* nem sempre é equivalente, referindo-se, por vezes, a «direitos invioláveis», a «direitos do Homem» e, ainda, a «direitos de personalidade», e não esclarecendo se as expressões são usadas com sentido equivalente. V. “Identità cívica...”, p. 449.

<sup>1275</sup> *Sentenza* n.º 104/1969, de 26/06/1969.

<sup>1276</sup> Para uma enumeração, v. EMANUELE ROSSI, & PAOLO PASSAGLIA, “Les Droits et Libertés des Étrangers...”, p. 265. Os autores consideram que a jurisprudência é incoerente, defendendo que se deveria adotar um critério geral, que tivesse o princípio da proporcionalidade como princípio de base.

entre nacionais e estrangeiros derivava também das «normas de direito internacional geralmente reconhecidas»<sup>1277</sup>.

Por outro lado, afirmou também que o legislador tem a possibilidade de estabelecer distinções de tratamento em relação a pessoas que não se encontrem, num determinado caso, em posição semelhante, mas que o tratamento diverso deve decorrer da «diversidade da situação factual», e não de simples qualificações jurídicas<sup>1278</sup>. Por outro lado, a distinção deve prosseguir um fim legítimo e ser razoável<sup>1279</sup>. Neste sentido, afirmou que, em alguns domínios os estrangeiros não estavam na mesma situação que os nacionais, já que estes últimos, contrariamente aos primeiros, mantinham uma relação originária e tendencialmente permanente com o Estado<sup>1280</sup>. Tal formulação foi depois substituída pelo entendimento de que ao estrangeiro faltava «uma ligação ontológica com a comunidade nacional», bem como um laço jurídico com o Estado<sup>1281</sup>.

No entanto, recentemente, na decisão n.º 245 de 2010, a *Corte* considerou que a lei que previa que a exigência de prova da legalidade de residência para os estrangeiros que pretendiam contrair casamento violava o direito a casar, por introduzir uma discriminação entre nacionais e estrangeiros<sup>1282</sup>. Com esta decisão abriu, assim, a possibilidade de reconhecimento de um princípio da proibição da discriminação entre nacionais e estrangeiros.

Por fim, a *Corte Costituzionale* afirmou ainda que devia ser mantida uma paridade de tratamento no que toca a estrangeiros de diferentes nacionalidades<sup>1283</sup>.

#### 4.1.3. França

A Constituição francesa não contém qualquer disposição especificamente referente ao estatuto do estrangeiro<sup>1284</sup>. Não obstante, a jurisdição constitucional tem reconhecido o gozo de direitos fundamentais por parte de estrangeiros. Isso foi levado a cabo logo em 1990, com a *Décision* n.º 89-289 DC, de 22/01/1990, onde considerou ser contrária ao princípio da igualdade a negação, a estrangeiros que se encontrassem a residir legalmente no território, de um subsídio suplementar<sup>1285</sup>. O *Conseil Constitutionnel* francês reconheceu a titularidade do direito à igualdade por parte das pessoas estrangeiras, referindo que esse não é tanto um direito do cidadão, mas sim um direito do Homem<sup>1286</sup>.

---

<sup>1277</sup> *Sentenza* n.º 306/2008, de 29/07/2008. Sobre a mesma, v. ANDREA GUAZZAROTTI, “Lo Straniero, I Diritti...”, p. 88.

<sup>1278</sup> *Sentenza* n.º 104/1969, de 26/06/1969, *Sentenza* n.º 62/1994, de 10/02/94. V. PAOLO PASSAGLIA, & ROBERTO ROMBOLI, “La condizione giuridica...”, p. 34 e EMANUELE ROSSI, “I diritti fondamentali...”, p. 120.

<sup>1279</sup> *Sentenza* n.º 104/1969, de 26/06/1969.

<sup>1280</sup> *Idem*. Para uma crítica a este entendimento, v. FRANCESCO CERRONE, “Identità cívica...”, p. 459.

<sup>1281</sup> *Sentenza* n.º 62/1994, de 10/02/94.

<sup>1282</sup> *Sentenza* n.º 245/2010, de 05/07/2010. Sobre este caso, v. DONATELLA LOPRIENO, “Protecting Fundamental Rights of Migrants...”, p. 339.

<sup>1283</sup> *Sentenza* n.º 54/1979 de 15/06/1979. PAOLO PASSAGLIA, & ROBERTO ROMBOLI, “La condizione giuridica...”, p. 36.

<sup>1284</sup> Sobre este ponto, v. ANNABELLE PENA-GAIA, “Les Droits et Libertés...”, p. 216.

<sup>1285</sup> Para uma análise detalhada, v. JUSTIN KISSANGOULA, *La Constitution Française...*, p. 208 e ss.

<sup>1286</sup> *Décision* 89-269 de 22/01/1990.

Esse entendimento manteve-se nos arestos posteriores. Neste contexto, é ilustrativa a seguinte passagem da *Décision* n.º 93-325 DC, de 13/08/1993, que para alguns autores representa o reconhecimento expresso de um estatuto constitucional dos estrangeiros<sup>1287</sup>: «*Si le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques, il lui appartient de respecter les libertés et droits Fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République*». A afirmação foi feita no contexto de uma lei que excluía os estrangeiros regularmente residentes em França de uma prestação social não contributiva<sup>1288</sup>.

Não obstante, nas decisões mais recentes, o *Conseil Constitutionnel* preferiu situar o seu juízo na violação do direito em si, ao invés de na violação do princípio da igualdade<sup>1289</sup>. Por outro lado, tem afirmado de forma constante que os estrangeiros não se encontram na mesma situação que os nacionais<sup>1290</sup>. Por seu turno, desde cedo referiu que os estrangeiros em situação irregular também não se encontravam na mesma situação que os estrangeiros que trabalham e residem legalmente em França<sup>1291</sup>. Neste contexto, tem sublinhado que o princípio da igualdade não se opõe a que o legislador estabeleça regimes diferenciados para estas várias categorias de pessoas<sup>1292</sup>.

#### 4.1.4. EUA

No que toca aos EUA, apesar de todas as limitações existentes referentes ao reconhecimento de direitos fundamentais aos estrangeiros envolvidos em processos de imigração<sup>1293</sup>, a *Supreme Court* tem conferido considerável proteção aos estrangeiros estabelecidos no território. Este Tribunal considera, nomeadamente, que os referidos estrangeiros beneficiam da *equal protection clause* da 4ª Emenda ao *Bill of Rights*<sup>1294</sup>. A *Supreme Court* desenvolveu uma jurisprudência bastante complexa que concede diferentes níveis de proteção a estrangeiros de acordo com vários fatores, como a fonte das normas impugnadas, a legalidade do estrangeiro no território, o facto de o estrangeiro ser ou não residente, entre outros<sup>1295</sup>. O ponto de partida é, porém, o de que a *equal protection clause* se aplica a todos os estrangeiros, encontrem-se ou não legalmente no país, já que se trata de uma garantia que se

---

<sup>1287</sup> ANNABELLE PENA-GAIA, “Les Droits et Libertés...”, p. 217.

<sup>1288</sup> Sobre esta decisão, v. BRUNO GENEVOIS, “Un Statut Constitutionnel...”, p. 881. Sobre o estatuto constitucional dos estrangeiros em França v., *inter alia*, FRANCK MODERNE, “Droit des Étrangers”..., p. 325.

<sup>1289</sup> Sobre este ponto, v. FRANCK MODERNE, “Droit des Étrangers”..., p. 332.

<sup>1290</sup> Assim, a *Décision* 93-325 de 13/08/1993.

<sup>1291</sup> *Décision* n.º 97-389 DC, de 22/04/1997, em que se considerou compatível com o princípio da igualdade as diferenças de tratamento entre estrangeiros em situação irregular no que toca à concessão de um título de residência temporário. A lei previa a concessão desse título de residência apenas aos estrangeiros que não pudessem ser expulsos do território por serem pais de filhos de nacionalidade francesa com menos de 16 anos.

<sup>1292</sup> Sobre este ponto, v. ANNABELLE PENA-GAIA, “Les Droits et Libertés...”, p. 225.

<sup>1293</sup> V. Parte I, Capítulo I, ponto 7.

<sup>1294</sup> A *equal protection clause* é uma garantia substancial que exige que, quando o governo federal ou estadual trate de forma diferente dois grupos de pessoas, exista uma relação racional entre a distinção e um interesse legítimo, para além de uma relação de proporcionalidade dos meios utilizados em relação ao objetivo pretendido. Sobre o conteúdo da *equal protection clause*, Cf. BELINDA WELLS, “Aliens: The Outsiders...”, p. 48 e ss. e VICTOR C. ROMERO, *Alienated – Immigrant Rights...*

<sup>1295</sup> BELINDA WELLS, “Aliens: The Outsiders...”, p. 56. Estes fatores influenciariam o tipo de «teste» a usar no escrutínio pelo tribunal: desde o “*strict scrutiny test*”, a aplicar em princípio aos residentes permanentes, ao “*rational relation test*”, a aplicar aos estrangeiros não residentes.

aplica “to all within a State’s boundaries, and to all upon whom the State would impose the obligations of its laws”. Mais. A *Supreme Court* considerou que o critério da nacionalidade como fundamento para estabelecer distinções de tratamento era um critério *suspeito*<sup>1296</sup>.

## 4.2. PORTUGAL

Entre nós, a posição do TC em relação à aplicação do princípio da igualdade a estrangeiros nem sempre foi linear. Em vários arestos considerou inconstitucionais normas que negavam a possibilidade de concessão de apoio judiciário a estrangeiros não residentes, por violação conjugada dos art. 13.º, n.º 1 e 15.º, n.º 1 da CRP<sup>1297</sup>. Não obstante, parece que a chamada à colação do princípio da igualdade se prendeu nestes arestos com o facto de as normas em causa estabelecerem também discriminações em função da situação económica.

Noutros arestos, o TC considera que o princípio da equiparação é uma espécie de *lex specialis* do princípio da igualdade, que assim não seria de aplicar em relação às distinções entre nacionais e estrangeiros. Nesse sentido, referiu já: «sendo a circunstância que o legislador elege para estabelecer a solução legal diferenciada a da nacionalidade, e como o princípio da igualdade, no que toca a essa circunstância, é objecto de uma consideração e concretização específicas no art. 15.º da Constituição, é à luz deste preceito constitucional e dos princípios específicos nele consignados que a questão de constitucionalidade há de ser considerada, na medida em que este parâmetro especial consome o da igualdade em geral»<sup>1298</sup>. Na mesma linha de ideias, afirmou noutro aresto que o art. 13.º e princípio subjacente eram «consumidos» pelos princípios acolhidos no art. 15.º do texto constitucional «(...) onde se

---

<sup>1296</sup> No caso *Graham c. Richardson*, 403 U.S. 365 (1971), a *Supreme Court* considerou que uma norma que previa condições mais exigentes para estrangeiros no acesso a benefícios sociais violava a *equal protection*, já que o termo “person” usado por esta cláusula abrangia estrangeiros admitidos legalmente. Assim, considerou que «classifications based on alienage (...) are inherently suspect and subject to close scrutiny». No caso *Phyllis c. Doe*, 457 U.S. 202 (1982), o Tribunal estendeu o campo de aplicação da *equal protection clause* de forma a reconhecer aos estrangeiros em situação irregular uma proteção limitada, em especial no que toca ao acesso ao ensino. Porém, não foi tão longe ao ponto de considerar que a situação de ilegalidade devia ser considerada uma categoria suspeita, por isso não usou o *strict scrutiny test*, mas o *rationality test*, indicando existir por isso uma maior margem de apreciação tratando-se de estabelecer distinções com base na legalidade da estadia. Não obstante, nem sempre a jurisprudência da *Supreme Court* é linear. No caso *Mathews c. Diaz* considerou que a distinção entre estrangeiros e cidadãos em relação ao gozo de benefícios de seguro de saúde era admissível. Cf. *Mathews c. Diaz*, 426 U.S. 67 (1976). Não obstante, terá sido determinante também o facto de nos primeiros dois casos referidos se censurarem normas estaduais, enquanto no segundo se tratava de uma norma federal. Outra exceção diz respeito ao acesso a funções públicas. O tribunal afirmou já que nem sempre se devem submeter todas as distinções fundadas na nacionalidade a um exame estrito, já que isso «would obliterate all the distinctions between citizens and aliens, and thus deprecate the historic values of citizenship» (Cf. *Foley c. Connelie*, 435 U.S. 291 (1978)). Para mais exemplos, v. GUY S. GOODWIN-GILL, “The Status and Rights...”, p. 151 e ss., HIROSHI MOTOMURA, “Immigration Outside the Law...”, p. 2037 e ss., WILLIAM JAMES BOOTH, “Foreigners : Insiders...”, p. 271 e ss., IRA J. KURZBAN, *Immigration Law...*, p. 21.

<sup>1297</sup> Ac. n.º 338/95, de 22/06/1995. No mesmo sentido, os Ac. n.º 339/95, n.º 340/95, n.º 341/95, todos da mesma data, e o Ac. n.º 690/95, de 05/12/1995, mas já não o Ac. n.º 962/96, de 11/07/1996, que decretou a inconstitucionalidade com força obrigatória geral da norma na dimensão em apreço. V. ainda o Ac. n.º 365/2000, de 05/07/2000. Foi também à luz do princípio da igualdade que o TC apreciou o direito à aposentação de antigos funcionários da administração ultramarina, o Ac. n.º 354/97, de 30/04/1997.

<sup>1298</sup> Ac. n.º 423/01, de 09/10/2001. No mesmo sentido, o Ac. n.º 72/02, de 20/02/2002.

consigna o módulo constitucional específico da igualdade de direitos entre os cidadãos portugueses e os demais»<sup>1299</sup>.

Não obstante, julgamos que a previsão constitucional expressa do princípio da equiparação não implica a inaplicabilidade do art. 13.º a estrangeiros. Primeiro, porque o sentido de um e de outro princípio não são coincidentes, referindo-se o princípio da equiparação ao *âmbito subjetivo* dos direitos fundamentais e o princípio da igualdade ao *conteúdo dos mesmos*<sup>1300</sup>. Depois, a interpretação deste normativo de acordo com os instrumentos de proteção dos direitos humanos impõe uma visão universalista do princípio da igualdade<sup>1301</sup>. Assim, se um determinado direito fundamental for simultaneamente da titularidade de nacionais e de estrangeiros, deverá valer com o mesmo conteúdo para ambos, a não ser que um motivo razoável justifique uma eventual distinção<sup>1302</sup>.

Por fim, diga-se que, tal como referimos aquando da análise dos instrumentos de proteção dos direitos humanos e do Direito da UE, o princípio constitucional da igualdade também não impede que se estabeleçam distinções de tratamento entre nacionais e estrangeiros, desde que respeitados os demais princípios constitucionais pertinentes. Nesse sentido, J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA referem serem ilícitas as diferenciações de tratamento que se apresentem contrárias à dignidade humana, incompatíveis com o princípio de Estado de Direito democrático ou simplesmente arbitrárias ou impertinentes<sup>1303</sup>. Por seu turno, JORGE REIS NOVAIS parte da ligação existente, num Estado de Direito, entre o princípio da igualdade e a dignidade da pessoa humana, e defende a inadmissibilidade de fatores atentórios da igual dignidade das pessoas. Esses fatores seriam aqueles que se baseassem «exclusivamente em atributos sobre os quais as pessoas não têm qualquer possibilidade de controlo ou em opções individuais sobre planos de vida e orientações que as pessoas são livres de formar»<sup>1304</sup>. Para o autor há certos tipos de diferenciações que se presumem, à partida, como arbitrários ou injustificados, ou mesmo *suspeitos*. Julgamos que um deles poderá ser, à semelhança do que firmou a jurisprudência do TEDH e a *Supreme Court* dos EUA, a *nacionalidade*. Ela é, de resto, uma condição que não se encontra na livre disponibilidade do indivíduo, e que não resulta totalmente ou apenas da livre vontade deste<sup>1305</sup>.

Assim, a nacionalidade, por si só, não pode ser considerada um motivo de distinção justificado, tendo de existir motivos adicionais. E como a nacionalidade deve ser considerada um critério *suspeito*, esses motivos adicionais terão de corresponder a motivos *imperiosos*. A jurisprudência do TEDH afigura-se-nos mais uma vez um importante auxiliar, no que toca ao juízo de existência de tratamento discriminatório.

Alguns autores entre nós socorrem-se, aliás, dos mesmos critérios para definir o que se entende por tratamento discriminatório. J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA referem

---

<sup>1299</sup> Ac. n.º 345/02, de 11/07/2002.

<sup>1300</sup> No mesmo sentido, defende JORGE PEREIRA DA SILVA que, sendo embora o princípio da equiparação um princípio especial referente ao da universalidade, por dizer respeito ao *âmbito subjetivo* dos direitos fundamentais, já não o será em relação ao princípio da igualdade, que respeita ao *conteúdo* dos direitos fundamentais. Cf. “Artigo 15.º...”, p. 265.

<sup>1301</sup> Nesse sentido, refere JORGE MIRANDA a importância do art. 2.º, 2ª parte da DUDH, que imporia um tratamento por igual aos estrangeiros, completando os art. 13.º, n.º2 e 15.º, n.º1 da CRP. Cf. JORGE MIRANDA, *Manual...* Tomo IV, p. 108.

<sup>1302</sup> JORGE PEREIRA DA SILVA, “Artigo 15.º...”, p. 266.

<sup>1303</sup> J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, p. 340.

<sup>1304</sup> JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Estruturantes...*, p. 110.

<sup>1305</sup> Assim, também, OLIVIER DE SCHUTTER, “L’Interdiction de Discrimination”... p. 188.

que um tratamento desigual impõe uma justificação da desigualdade, sendo ainda necessário que o fim pretendido esteja em conformidade com a CRP<sup>1306</sup>. Por seu turno, JORGE PEREIRA DA SILVA refere que o princípio da igualdade envolve uma relação entre dois objetos em confronto e um termo de comparação, devendo este corresponder a um critério razoável e adequado ao fim a alcançar<sup>1307</sup>.

Poderá questionar-se o princípio da igualdade no que toca às relações entre estrangeiros e nacionais, mas também entre várias categorias de estrangeiros. Ora, como vimos nas considerações prévias da presente dissertação, a CRP reconhece categorias privilegiadas de estrangeiros, que podem ter direitos mais vastos que os demais. Um desses casos é o dos nacionais da CPLP. Ora, um tratamento mais favorável destes cidadãos não viola à partida o princípio da igualdade, pois funda-se num motivo legítimo – nos laços privilegiados de amizade e cooperação com os países de língua portuguesa, que recebe, inclusivamente, apoio constitucional (art. 7.º, n.º 4 da CRP)<sup>1308</sup>. Não obstante, concordamos com JORGE PEREIRA DA SILVA quando este autor refere que as relações que se estabelecem entre os estrangeiros possuidores de diferentes títulos e as distinções estabelecidas em função do país de onde provêm «não estão isentas de um escrutínio à luz do princípio da igualdade»<sup>1309</sup>.

## 5. O PRINCÍPIO DA EQUIPARAÇÃO

### 5.1. SENTIDO

A CRP reservou para o tratamento dos estrangeiros uma norma específica: o art. 15.º, que consagra o princípio da equiparação de direitos e deveres entre cidadãos nacionais e estrangeiros. O texto dessa norma remonta à versão originária da Constituição, e teve como fonte imediata o art. 9.º, n.º 2, do projeto de Constituição apresentado pelo Partido Popular Democrático, tendo sido aprovado pela Assembleia Constituinte, sem discussão e apenas com um voto de abstenção<sup>1310</sup>. De acordo com o preceito, «os estrangeiros e apátridas que se encontrem ou residam em Portugal gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres dos cidadãos portugueses». A norma sofreu algumas alterações com as revisões constitucionais, com o objetivo, em particular, de respeitar os compromissos derivados de convenções internacionais de que Portugal é parte, bem como os derivados da União Europeia<sup>1311</sup>. As

---

<sup>1306</sup> J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, p. 340.

<sup>1307</sup> JORGE PEREIRA DA SILVA, *Direitos de Cidadania...*, p. 30. Para mais desenvolvimentos sobre o princípio da igualdade, v. MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO, *Princípio da Igualdade...*, JOÃO MARTINS CLARO, “O Princípio da Igualdade...”, p. 29 e ss. MARTIM DE ALBUQUERQUE, *Da Igualdade – introdução à jurisprudência...*, MARIA LÚCIA AMARAL, “O Princípio da Igualdade...”, JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Estruturantes...*, p. 101 e ss, MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *Estudos sobre o Princípio da Igualdade...*, J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, p. 333 e ss., JORGE MIRANDA & RUI MEDEIROS, *Constituição...*, 2.ª Edição, Tomo I, p. 225 e ss.

<sup>1308</sup> JORGE MIRANDA, *Manual...* Tomo IV, p. 156.

<sup>1309</sup> JORGE PEREIRA DA SILVA, “Artigo 15.º...”, p. 265.

<sup>1310</sup> Diário da Assembleia Constituinte, suplemento ao n.º 14, de 9 de julho de 1975 e n.º 35, de 22 de agosto de 1975.

<sup>1311</sup> Sobre este ponto v. MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Os Direitos Fundamentais dos Estrangeiros...*, p. 93.



revisões foram no sentido de alargar os tratamentos privilegiados conferidos a certas categorias de estrangeiros.

Tem-se considerado que esta norma consagra o princípio do *tratamento nacional*, mas agora com o sentido de tratamento *pelo menos* tão favorável como o concedido aos cidadãos nacionais<sup>1312</sup>. Assim, o Ac. 296/2015 refere ilustrativamente «afirma-se, assim, por via deste princípio, uma específica dimensão de igualdade entre nacionais e estrangeiros, estabelecendo-se como regra o princípio do tratamento nacional»<sup>1313</sup>.

Este princípio não representa apenas uma *extensão* dos direitos dos portugueses aos estrangeiros. A sua leitura à luz dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos exige que ele seja interpretado como acolhendo uma conceção universalista dos direitos fundamentais consagrados na CRP, enquanto direitos que devem valer naturalmente para todas as pessoas<sup>1314</sup>. Essa interpretação deriva, pois, do caráter universalista que a CRP atribui à tutela dos direitos fundamentais<sup>1315</sup>. Ainda na mesma ordem de ideias, ANABELA COSTA LEÃO refere que este princípio «traduz a superação de uma visão exclusiva ou primordialmente estadual, que liga os direitos ao Estado e à qualidade de cidadãos, em benefício de uma leitura universalista, que liga os direitos ao conceito de pessoa, e os radica na dignidade da pessoa humana»<sup>1316</sup>. A ideia de universalismo dos direitos ínsita no princípio da equiparação é ainda reforçada pelo princípio do respeito pelos direitos humanos como princípio norteador de Portugal nas relações internacionais, previsto no art. 7.º, n.º1<sup>1317</sup>. Por fim, para JORGE PEREIRA DA SILVA, ele é ainda uma exigência do princípio da igualdade, pelo facto de a distinção entre nacionais e estrangeiros ter, na sua base, alguns dos critérios expressamente enumerados no n.º2 do art. 13.º<sup>1318</sup>.

Concordamos assim com JORGE PEREIRA DA SILVA, quando refere que o princípio da equiparação possui uma função *aglutinadora* de outros princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da universalidade e o princípio da interpretação dos direitos fundamentais de acordo com os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos<sup>1319</sup>.

O TC tem afirmado ainda que o princípio da equiparação representa uma concretização do princípio da igualdade, consignando «o módulo constitucional específico da igualdade de direitos entre os cidadãos portugueses e os demais»<sup>1320</sup>. Afirmar também que o mesmo

---

<sup>1312</sup> J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, p. 357, seguido pelo TC. Cf. Ac. n.º 338/95, de 22/06/1995, e Ac. n.º 96/2013, de 19/02/2013.

<sup>1313</sup> Ac. n.º 296/2015, de 25/05/2015.

<sup>1314</sup> Assim, o Ac. TC n.º 365/00, de 05/07/2000, que refere que o estatuto dos estrangeiros constitucionalmente fixado assenta na dignidade do homem, como sujeito moral e sujeito de direitos, como “cidadão do mundo”. Nas palavras de JOSE LEITÃO & LUIS NUNES DE ALMEIDA, a o princípio constitucional em causa é uma consequência do progresso da consciência moral e jurídica, Cf. “Les Droits et Libertés des Étrangers...”, p. 298.

<sup>1315</sup> CARLOS PAMPLONA DE OLIVEIRA, *A Jurisprudência...*, p. 3. No mesmo sentido, o Ac. n.º 962/96, de 11/07/96, quando refere que as normas legais que estabelecem exceções para lá do admitido pelo princípio da equiparação «contrariam (...) a dimensão universalista dos direitos humanos que está na ordem constitucional portuguesa».

<sup>1316</sup> ANABELA COSTA LEÃO, “A Expulsão”..., p. 38.

<sup>1317</sup> Assim, a 1ª Edição da obra de JORGE MIRANDA & RUI MEDEIROS, *Constituição...*, Tomo I, p. 133.

<sup>1318</sup> JORGE PEREIRA DA SILVA, “Artigo 15.º...”, p. 265.

<sup>1319</sup> JORGE PEREIRA DA SILVA, *Direitos de Cidadania...*, p. 27.

<sup>1320</sup> Ac. n.º 96/2013, de 19/02/2013.

constitui um corolário da vocação universalista da Constituição, traduzindo uma manifestação concreta do valor da dignidade da pessoa humana. Referiu, assim, que a «perspectiva universalista desconhecida dos textos constitucionais anteriores, aliada ao princípio geral da equiparação (...) não faz depender da cidadania portuguesa o gozo dos direitos fundamentais». Para além disso, aponta que «a regra geral da equiparação traduz-se afinal na emanação do supremo valor da dignidade da pessoa humana – «valor autónomo e específico inerente aos homens em virtude da sua simples pessoalidade» - referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais e suporte basilar da República Portuguesa»<sup>1321</sup>.

## 5.2. ÂMBITO OBJETIVO

Quando perguntamos pelo âmbito objetivo do princípio da equiparação, pretendemos saber a que direitos o mesmo se aplica. Na resposta a esta questão há que ter presente que o princípio da equiparação tem um sentido de *cláusula geral*, pelo que se aplica sempre que não sejam decretadas expressamente exclusões ou restrições de direitos dos estrangeiros<sup>1322</sup>. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO refere, neste sentido, que, do princípio da equiparação, decorre uma norma interpretativa relativa ao âmbito dos direitos abrangidos: «na dúvida sobre a atribuição ou titularidade do direito fundamental, o intérprete deve presumir que o direito foi constitucionalmente atribuído a todos os estrangeiros e apátridas que se encontrem ou residam em Portugal»<sup>1323</sup>. Importa, neste ponto, citar novamente o Ac. n.º 296/2015 do TC, quando refere que «a CRP impõe como regra uma atitude de abertura ao cidadão estrangeiros, conferindo-lhe direitos e deveres idênticos aos dos nacionais», acrescento ainda tratar-se o princípio da equiparação de «um princípio geral imperativo»<sup>1324</sup>.

A equiparação é feita em termos amplos e não se limita aos direitos fundamentais que tenham ligação incindível com a dignidade da pessoa humana. O seu sentido útil vai para lá destes, que são já reconhecidos aos estrangeiros por força do princípio insito no art. 1.º da Constituição e atrás explanado. Ela vale para todos os direitos fundamentais - incluindo, por isso, os chamados direitos de prestação<sup>1325</sup>. De facto, comparando o texto da CRP com o da Constituição de 1933, há que notar a eliminação da exceção dos direitos que se traduziam «num encargo para o Estado». Ao não ter reproduzido essa exceção, a CRP tornou claro que a equiparação vale em relação a todos os direitos<sup>1326</sup>. À mesma conclusão se chegará se recorrermos aos trabalhos preparatórios do art. 15.º. O projeto de Constituição do Centro Democrático Social conferia aos estrangeiros no art. 14.º apenas o gozo de direitos, liberdades e garantias. Na Assembleia Constituinte, o texto oriundo da Comissão e aprovado em Plenário cingia-se também apenas a esses direitos. Já o texto final refere-se apenas a «direitos» em geral, pelo que a escolha desta expressão só poderá significar que não se

---

<sup>1321</sup> Acs. n.º 340/95 e n.º 341/95, de 22/06/1995.

<sup>1322</sup> Assim, a 1ª Edição da obra de JORGE MIRANDA & RUI MEDEIROS, *Constituição...*, Tomo I, p. 133. No mesmo sentido, o TC no Ac. n.º 962/96, de 11/07/1996.

<sup>1323</sup> JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “A Nova Lei de Entrada...”, p. 96.

<sup>1324</sup> Ac. n.º 296/2015, de 25/05/2015.

<sup>1325</sup> CARLOS PAMPLONA DE OLIVEIRA, *A Jurisprudência...*, p. 5, JORGE PEREIRA DA SILVA, “Artigo 15.º...”, p. 276.

<sup>1326</sup> MÁRIO TORRES, “Os Direitos dos Imigrantes...”, p. 60.

pretendia abranger unicamente os direitos, liberdades e garantias<sup>1327</sup>. Também chegaremos à mesma conclusão se recorrermos ao elemento sistemático, já que o art. 15.º se insere no Título I «Princípios Gerais», da Parte I («Direitos e Deveres Fundamentais») da Constituição. Por outro lado, recorrendo ao elemento literal, há que ter presente que o n.º 1 do art. 15.º fala apenas em «direitos e deveres», sem qualquer qualificação adicional<sup>1328</sup>.

Essa é, de resto, para o TC, uma conclusão «justificada pela ideia essencial de um universalismo de direitos característico da igualdade no Estado de direito»<sup>1329</sup>. Assim, em matéria de apoio judiciário, o Ac. n.º 962/96, de 11/07/1996, referiu que o direito de acesso a tribunal integra o núcleo irredutível do princípio da equiparação. Esta orientação foi confirmada no recente Ac. n.º 296/2015, que declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma que impunha o prazo mínimo de três anos de residência em território nacional para que os estrangeiros pudessem aceder ao rendimento social de inserção<sup>1330</sup>. O Tribunal considerou que a prestação em causa visava efetivar o «direito a um mínimo de existência condigna», sendo esta uma imposição direta do respeito pela dignidade humana.

Essa tem sido também a orientação seguida em outros ordenamentos jurídico-constitucionais. Por exemplo, não obstante o art. 13.º da Constituição Espanhola apenas se referir a «liberdades públicas», isso não impediu o Tribunal Constitucional espanhol de considerar que também os direitos de prestação se encontravam abrangidos pela norma<sup>1331</sup>. Já no que toca ao ordenamento italiano, o Tribunal Constitucional afirmou que o âmbito objetivo do princípio da equiparação diz respeito principalmente aos direitos civis. No que toca aos direitos sociais, não se pode afirmar uma equiparação total, devendo o acesso aos mesmos resultar do grau de aproximação do estrangeiro em relação à comunidade nacional<sup>1332</sup>.

Para além da cláusula geral da equiparação, a CRP prevê ainda algumas cláusulas especiais de equiparação, algumas delas no campo dos direitos económicos, sociais e culturais. Exemplo disso é a alínea j) do n.º 2 do art. 74.º, que prescreve que compete ao Estado «assegurar aos filhos dos imigrantes apoio adequado para a efectivação do direito ao ensino»<sup>1333</sup>.

De realçar que a equiparação assim prevista diz respeito não só aos direitos, mas também aos deveres, nomeadamente o dever de pagar impostos e de efetuar contribuições para a segurança social<sup>1334</sup>. Para além disso, abrange os direitos legais, «muito embora possam não

---

<sup>1327</sup> JOSE LEITÃO, & LUIS NUNES DE ALMEIDA, «Les Droits et Libertés des Étrangers...», p. 298.

<sup>1328</sup> No mesmo sentido, o Ac. do TC n.º 423/2001, de 09/10/2001.

<sup>1329</sup> Ac. n.º 423/01, de 09/10/2001. Nesse sentido, o TC referiu que o direito à aposentação era «uma manifestação do direito à segurança social reconhecido a “todos” no art. 63.º da Constituição». Cf. Ac. n.º 72/2002, de 20/02/2001.

<sup>1330</sup> Ac. n.º 296/2015, de 25/05/2015. A norma em causa constava do art. 6.º, n.º 1, al. b) e n.º da Lei n.º 13/2003, na redação que por último lhe foi conferida pelo art. 5.º do Decreto-Lei n.º 133/2012, de 27 de junho.

<sup>1331</sup> CARLOS ORTEGA CARBALLO, «Los Derechos Fundamentales de los Extranjeros en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional...», p. 8.

<sup>1332</sup> CORTE COSTITUZIONALE, *La Condizione Giuridica dello Straniero Extracomunitario...*, p. 102.

<sup>1333</sup> Este direito encontra-se regulado, em parte, pelo DL n.º 67/2004, de 25 de março, sobre o acesso ao ensino e saúde por parte dos menores que se encontrem em situação irregular no país.

<sup>1334</sup> JORGE PEREIRA DA SILVA, *Direitos de Cidadania...*, p. 46.

ser tidos como direitos fundamentais», como declarou o TC<sup>1335</sup>, desenhando assim um *âmbito alargado* ao princípio da equiparação<sup>1336</sup>.

Por fim, não é demais lembrar que o princípio vale de igual forma em relação aos direitos fundamentais materiais, em particular os de fonte internacional<sup>1337</sup>. MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA refere, neste contexto, a importância do direito da União Europeia para o delineamento progressivo de um conjunto mínimo de direitos dos estrangeiros<sup>1338</sup>. Esse contributo tem sido levado a cabo através da previsão de vários estatutos específicos de que fomos já dando conta, como o estatuto de residente de longa duração, ou dos titulares do cartão azul. Como se viu, esses regimes têm mencionado expressamente que os detentores dos respetivos estatutos se encontram equiparados aos nacionais no que toca ao gozo de vários direitos. No entanto, consideramos que a mais-valia destes regimes tem de ser cuidadosamente delimitada. Ela contribuiu apenas para dar *visibilidade* à igualdade referente ao gozo desses direitos. Não é demais relembrar que os demais estrangeiros, mesmo que não titulares desses estatutos, são também, à luz da Constituição Portuguesa, titulares *prima facie* dos direitos em causa, por simples aplicação do princípio da equiparação<sup>1339</sup>.

A nossa Constituição é, assim, das mais garantísticas por estender, por princípio, todos os direitos fundamentais gozados por portugueses aos estrangeiros. De facto, outras Constituições adotam um sistema de distinção entre os direitos fundamentais que se aplicam a todos e os que se aplicam apenas aos cidadãos. Outras encontram-se delineadas de forma a terem apenas em conta os cidadãos. Isso não significa que os Estados respetivos violem as obrigações internacionais que garantem direitos a todos os indivíduos e proíbem a discriminação entre nacionais e estrangeiros, já que as respetivas ordens jurídicas podem reconhecer esses direitos aos estrangeiros por via legal<sup>1340</sup>. O sistema português, pelo contrário, decidiu proteger o gozo de direitos humanos por parte de estrangeiros na própria Constituição, não só através do art. 15.º, mas também do art. 16.º, dotando-os assim da característica de *fundamentalidade*.

### 5.3. ÂMBITO SUBJETIVO

No que toca ao âmbito subjetivo do princípio da equiparação, há que responder a duas questões: em primeiro lugar, qual a relação que um estrangeiro tem de estabelecer com o território português para que o princípio se lhe aplique (5.3.1.); em segundo lugar, se é necessário que o estrangeiro possua um estatuto legal no território para que o princípio lhe seja aplicável (5.3.2.).

---

<sup>1335</sup> Ac. n.º 96/2013, de 19/02/2013.

<sup>1336</sup> Assim, ANA LUÍSA PINTO & MARIANA CANOTILHO, “O tratamento dos estrangeiros...”, p. 246.

<sup>1337</sup> MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Os Direitos Fundamentais dos Estrangeiros...*, p. 95 e 128.

<sup>1338</sup> *Idem*, p. 286.

<sup>1339</sup> Referindo que as normas da lei Portuguesa que transpuseram os catálogos de direitos constantes destes atos normativos da UE são, ao mesmo tempo, inúteis e podem induzir em erro, podendo levar a crer que apenas se reconhecem os direitos enumerados aos respetivos beneficiários, CARLA AMADO GOMES, “The Administrative Condition...”, p. 31.

<sup>1340</sup> Assim, COMITÉ DOS DIREITOS HUMANOS, Comentário Geral n.º 15, *The position of aliens under the Covenant*, de 30/09/1986.

### 5.3.1. A necessidade de residência ou presença no território

Refere o art. 15.º que o princípio da equiparação se aplica aos estrangeiros que se *encontrem* ou *residam* em Portugal. Basta verificar-se uma destas circunstâncias para que ao estrangeiro seja aplicado o princípio da equiparação. A distinção entre as duas não deve afetar o âmbito de aplicação do princípio desse princípio<sup>1341</sup>. Assim, esta norma basta-se com a presença do estrangeiro no território para lhe reconhecer os direitos constitucionais, não sendo necessário um mínimo de permanência<sup>1342</sup>. Nesse ponto, a CRP foi mais longe que outras Constituições, que por vezes exigem um mínimo de permanência ou mesmo de residência no território para que se estenda a proteção constitucional aos estrangeiros<sup>1343</sup>.

O TC já várias vezes teve a oportunidade de sublinhar que «gozam os estrangeiros que por qualquer razão se encontrem em Portugal, mesmo que aqui não residam, dos direitos e deveres inerentes aos cidadãos portugueses, como resulta do n.º1 do art. 15.º da Constituição»<sup>1344</sup>.

Não obstante, o critério da residência ou presença no território, apesar de alargado, poderá não oferecer uma resposta satisfatória a todas as situações em que a CRP deve proteger os direitos dos estrangeiros. Ficarão de fora aqueles que não se encontrem em território português, não obstante poderem encontrar-se sujeitos a decisões de autoridades portuguesas. De facto, no Ac. n.º 232/2004 o TC referiu que «o princípio da equiparação (...) é circunscrito aos estrangeiros que se encontrem ou residam em território nacional – o que não é o caso daqueles que pretendam entrar em Portugal, mas que tal entrada lhe seja interdita; a esses aplicar-se-ão os *standards* mínimos de protecção conferidos pela ordem internacional». De acordo com esta jurisprudência, pois, os estrangeiros que pretendam entrar em Portugal estão excluídos do âmbito de protecção da CRP<sup>1345</sup>. Por outro lado, num recente aresto, o TC sublinhou, ao arrepio da jurisprudência assente sobre o reconhecimento de direitos a estrangeiros que *apenas se encontrem* em Portugal, que era admissível, «em abstracto e no plano substantivo, que o princípio da equiparação não opere sempre de pleno ou em termos maximalistas relativamente aos que apenas se encontrem em território nacional»<sup>1346</sup>.

---

<sup>1341</sup> MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Os Direitos Fundamentais dos Estrangeiros...*, p. 129. Neste sentido, JORGE PEREIRA DA SILVA refere que, a par da equiparação entre portugueses e estrangeiros, «estabelece-se uma segunda equiparação, agora entre os estrangeiros que apenas se encontram em Portugal e aqueles que aqui possuem residência». Cf. “Artigo 15.º...”, p. 263.

<sup>1342</sup> JORGE PEREIRA DA SILVA, *Direitos de Cidadania...*, p. 54.

<sup>1343</sup> Tome-se como exemplo o caso francês, em que o *Conseil Constitutionnel* reconheceu o valor fundamental do direito a levar a cabo uma vida familiar normal apenas aos estrangeiros com residência habitual em França. Cf. Décision n.º 93-325 DC, de 13-08-1993.

<sup>1344</sup> Ac. n.º 407/95, de 28/06/1995.

<sup>1345</sup> A jurisprudência da *Supreme Court* dos EUA demonstra a possibilidade de perversão do argumento estritamente territorial. Também ela começou por referir que a Constituição norte-americana, em princípio, não protegia os direitos dos estrangeiros que se encontrassem fora do território. A mesma seria, assim, inaplicável aos casos de *exclusão* de estrangeiros do território (*Ng Fung Ho c. White*, 259 U.S. 276 (1922)). Mas mais tarde começou a delinear uma doutrina - a “*entry fiction*” -, de acordo com a qual os estrangeiros presentes fisicamente nos EUA, mas cuja entrada não tinha sido autorizada, eram tidos, para todos os efeitos, como estando *fora do país* e, por isso, excluídos da protecção constitucional. Esta doutrina levou a várias críticas por parte dos autores norte-americanos. V. CLEMENT L. BOUVÉ, *A Treatise on the Laws...*, p. 18, ETHAN A. KLINGSBERG, “Penetrating the Entry Doctrine...”, p. 639 e IRA J. KURZBAN, *Immigration Law...*, p. 25.

<sup>1346</sup> Ac. n.º 96/2013, de 19/02/2013.

Neste contexto, LUÍS DE LIMA PINHEIRO defende que o art. 15.º só se refere aos estrangeiros e apátridas que residam ou se encontrem em Portugal por ter tido «no pressuposto de que só relativamente a estes se colocam problemas de gozo de direitos perante a ordem jurídica portuguesa». No entanto, o autor refere que isso não corresponde à realidade, pelo que, a um estrangeiro que não se encontre ou resida em Portugal e aqui tenha um direito ou – acrescentamos nós – queira efetivar um direito fundamental, o princípio da equiparação se aplica igualmente<sup>1347</sup>.

Já num caso decidido no ano de 2000, o TC reconheceu a aplicabilidade do princípio da equiparação a estrangeiros que *não se encontravam nem residiam em Portugal*. No Ac. n.º 365/2000 considerou que um cidadão angolano, que não cumpria essas condições, possuía uma «conexão mínima» com o ordenamento jurídico nacional por ter sido, no passado, cidadão português e funcionário da administração pública ultramarina<sup>1348</sup>. O TC reconheceu implicitamente que os critérios da presença ou residência em território português poderiam não ser suficientes. Não obstante, referiu que o texto constitucional exige «uma ligação, que não seja meramente esporádica ou fortuita, com o território e a comunidade nacionais».

Ora, se é verdade que os critérios da presença ou da residência podem ser insuficientes, o do «mínimo de conexão» parece-nos casuista e impreciso<sup>1349</sup>. Julgamos que o critério da “jurisdição”, nos termos em que é usado pelo TEDH - entendido como abrangendo decisões vinculativas das autoridades estaduais, ainda que sejam tomadas em relação a quem se encontre fora do território estadual - se afigura determinável, racional e justificado<sup>1350</sup>, pelo que deveria servir de base para o alargamento da proteção constitucional a estrangeiros que se situem fora do território e que aqui pretendam entrar, sendo essa entrada impedida pelas autoridades portuguesas. Essas autoridades (por exemplo de polícia de fronteiras) ficariam assim vinculadas, nas suas decisões, a respeitar os direitos fundamentais desses estrangeiros, tais como são garantidos pela Constituição aos portugueses e demais estrangeiros.

---

<sup>1347</sup> LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, p. 209. Note-se, porém, que o autor, numa perspetiva que não merece o nosso acordo, defende que a aplicação do princípio da equiparação vale, nestes casos, «por analogia». Como iremos expor à frente, julgamos que o princípio se aplica sem necessidade de recurso ao referido expediente, bastando o estrangeiro encontrar-se sujeito à jurisdição do Estado.

<sup>1348</sup> Ac. n.º 365/2000, de 05/07/2000.

<sup>1349</sup> Parece ser esse também o critério usado pela *Supreme Court* dos EUA no que toca à aplicação excecional da Constituição a estrangeiros situados fora do território. No caso *United States v. Verdugo-Urquidez*, 494 U.S. 259 (1990), o Supremo Tribunal negou que estrangeiros não residentes tivessem direitos à luz da 4ª Emenda em relação a buscas na propriedade feitas no estrangeiro, referindo que a proteção constitucional dos estrangeiros é limitada aos casos em que os mesmos se encontram no território norte-americano e desenvolvem relações substanciais com o território. Assim, o critério determinante seria o de existência de uma *conexão substancial* com a comunidade. Esse critério foi também invocado no caso *Sale v. Haitian Centers Council*, 509 U.S. 155 (1993), em que a *Supreme Court* considerou que nem a lei de imigração, nem o Protocolo das Nações Unidas e a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados se aplicam fora do território, no que toca às ações levadas a cabo pela guarda costeira em alto-mar. Esta abordagem restritiva por parte da *Supreme Court* levou a um aceso debate doutrinal. GERALD L. NEUMAN considera o argumento territorialista ultrapassado, pugnando pela extensão da proteção constitucional por exemplo aos casos de negação de visto. Cf. *Strangers to the Constitution...*, p. 127. Por seu turno, STEPHEN LEGOMSKY critica o que chama de “absolutismo consular”, i.e., o facto de as decisões sobre negação de vistos por parte dos consulados não serem, assim, controladas pelos tribunais. STEPHEN LEGOMSKY, “Fear and Loathing...”, p. 1619 e ss. Para mais referências, v. ANNIE M. CHAN, “Community and the Constitution...”, p. 493, STEPHEN LEGOMSKY e CRISTINA RODRÍGUEZ, *Immigration and Refugee...*, p. 39.

<sup>1350</sup> Nesse sentido, refere MÁRIO TORRES que a CRP é a lei fundamental «dos portugueses e de todos quantos estão sujeitos à jurisdição da ordem jurídica portuguesa». Cf. “A Lei dos Estrangeiros...”, p. 27.

### 5.3.2. A (des)necessidade de legalidade do estatuto

Para além da questão prévia do âmbito subjetivo do princípio da equiparação em função da presença do estrangeiro no território, há que questionar ainda a aplicação deste princípio em função da *legalidade da presença*. O art. 15.º não estabelece qualquer referência à necessidade de legalidade da presença ou residência do estrangeiro no país.

JORGE PEREIRA DA SILVA adota uma posição restritiva, considerando que «*qua tale*, o princípio da equiparação só vale para os estrangeiros e apátridas que se encontram ou residam legalmente em Portugal». Acrescenta ainda «se assim não fosse, aliás, inviabilizar-se-ia na prática a execução de qualquer política de imigração»<sup>1351</sup>. O autor considera, porém, que isso não significa que aos estrangeiros desprovidos de estatuto legal não sejam aplicados quaisquer direitos constitucionais, nomeadamente os decorrentes da salvaguarda da dignidade da pessoa humana, entre os quais se contam os elencados no n.º 6 do art. 19.º e, em segundo lugar, os que derivariam do *standard* mínimo de proteção internacional. Na densificação do conteúdo deste último, o autor recorre, porém, aos direitos elencados nos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, que consagram o princípio da universalidade e são rececionados na nossa Constituição através das cláusulas do n.º 1 e n.º 2 do art. 16.º.

No nosso entender, a menção constitucional a «residência» ou «presença» no território deve ser entendida como residência / presença *de facto*<sup>1352</sup>. Essa conclusão é ainda reforçada por dois argumentos: por um lado, pelo facto de, numa norma, a CRP estabelecer um regime específico para os imigrantes em situação irregular- o art. 27.º, n.º 3, al. c), no que toca à prisão, detenção ou outra medida coativa sujeita a controlo judicial. O facto de a CRP se ter referido especificamente a esta exceção indicia que aos imigrantes em situação irregular são aplicáveis todos os demais direitos fundamentais<sup>1353</sup>. Por outro lado, teríamos de chegar à mesma conclusão através da conjugação do art. 15.º com o art. 16.º, n.º 2: uma interpretação da equiparação em conformidade com os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos aponta para a mesma solução, já que os mesmos se aplicam, como vimos, aos estrangeiros em situação irregular nos territórios dos Estados-Parte.

À partida, pois, os estrangeiros que residam ou se encontrem ilegalmente no território beneficiam também do princípio da equiparação.

É a esta luz que se deve ler, por exemplo, o art. 83.º da lei de imigração portuguesa. O mesmo parece reservar o gozo de vários direitos sociais (educação e ensino, exercício de atividade subordinada, orientação e formação profissionais, acesso à saúde, acesso à justiça e aos tribunais) apenas aos cidadãos estrangeiros detentores de autorização de residência<sup>1354</sup>.

<sup>1351</sup> JORGE PEREIRA DA SILVA, “Artigo 15.º...”, p. 266.

<sup>1352</sup> Assim, também, JOSE LEITÃO, & LUIS NUNES DE ALMEIDA, “Les Droits et Libertés des Étrangers...”, p. 299, MÁRIO TORRES, “Os Direitos dos Imigrantes...”, p. 58, CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, “Exclusões Formais, Exclusões Materiais ...”, p. 42, DUARTE MIRANDA MENDES, “Estrangeiro ...”, p. 146, GONÇALO SARAIVA MATIAS, *Migrações e Cidadania...*, p. 34.

<sup>1353</sup> Assim, também, Cf. GONÇALO SARAIVA MATIAS & PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS, *A Convenção Internacional...*, p. 125. JORGE PEREIRA DA SILVA recorre a esta norma para fundamentar, porém, exatamente o raciocínio oposto. Cf. “Artigo 15.º...”, p. 266.

<sup>1354</sup> Nos termos do art. 3.º, al. p) da Lei, «residente legal» é o cidadão habilitado com título de residência em Portugal, de validade igual ou superior a um ano. Sobre o reconhecimento aos estrangeiros, pela lei, dos direitos de acesso ao apoio judiciário e à tutela jurisdicional efetiva, à saúde, à segurança social, à propriedade privada, à liberdade de escolha de profissão v., em detalhe, ALEXANDRA CHÍCHARRO DAS NEVES, *Os Direitos do Estrangeiro...*, p. 130 e ss.

No entanto, consideramos que a lei apenas visa reafirmar e reforçar, aí, que o estrangeiro residente é titular de todos os direitos mencionados. O que não significa que o não residente não seja, por força de aplicação direta do art. 15.º da Constituição, titular desses mesmos direitos.

Não obstante, como se verá mais à frente, o legislador pode reservar determinados direitos aos cidadãos portugueses. Assim, a lei também poderá excluir do gozo de determinados direitos os estrangeiros em situação irregular, reconhecendo-os apenas aos que se encontrem em situação legal<sup>1355</sup>. O problema colocar-se-á, não a propósito do âmbito subjetivo do princípio da equiparação, mas em sede das exceções constitucionalmente permitidas ao mesmo, onde se deverá ponderar, por um lado, o direito fundamental que o estrangeiro pertence exercer e, por outro, o interesse que o Estado pretende prosseguir em concreto, com a exclusão do direito da titularidade do estrangeiro<sup>1356</sup>. Assim, uma vez que irá diminuir o âmbito do princípio da equiparação, a lei que reserve determinado direito aos estrangeiros em situação regular deve ser considerada uma lei restritiva<sup>1357</sup>. Não concordamos, assim, com o entendimento de JORGE MIRANDA quando refere que o princípio da equiparação se aplica *com adaptações* no que toca aos estrangeiros que não possuam estatuto legal no território<sup>1358</sup>. O princípio da equiparação aplica-se *prima facie* a todos os estrangeiros que se encontram ou residam em Portugal (e, no nosso entender, ainda aos que se encontrem sujeitos a decisões de autoridades portuguesas), podendo, contudo, ser restringido em determinados casos, no que toca a certos direitos, em função da situação administrativa dos estrangeiros. Essa conclusão vale, inclusivamente para os direitos económicos, sociais e culturais<sup>1359</sup>, embora seja no contexto destes direitos que mais intervêm tais restrições.

Não obstante, nem sempre tem sido esse o entendimento do Tribunal Constitucional. Num caso em que se discutia o direito de acesso ao apoio judiciário por parte de estrangeiros em situação irregular, o TC considerou a situação era abrangida pelo princípio da equiparação<sup>1360</sup>. Já num outro aresto, sobre acesso a prestações sociais, parece demonstrar que o próprio âmbito subjetivo do princípio da equiparação sofre compressões no que toca a estrangeiros em situação irregular no território. Assim, o TC afirmou o seguinte: «apesar de o art. 15.º, n.º1, da Constituição se reportar aos estrangeiros que se encontrem ou residam em Portugal, o princípio da equiparação não pode, aqui, operar, de pleno, relativamente aos que apenas se encontrem em Portugal. O modo próprio de resolver a situação dessas pessoas será através de acordos internacionais (...) porque se trata de direitos sociais a prestações em que não se pode pretender que o princípio da equiparação opere sempre automática e

---

<sup>1355</sup> J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, p. 357.

<sup>1356</sup> Em sentido semelhante, KEES GROENENDIJK, “Four Questions about Human Beings...”, p. xx.

<sup>1357</sup> JOSE LEITÃO, & LUIS NUNES DE ALMEIDA referem que a lei que estabeleça as situações de ilegalidade deve, também ela, ser considerada uma lei restritiva. Cf. “Les Droits et Libertés des Étrangers...”, p. 300.

<sup>1358</sup> JORGE MIRANDA, *Manual...* Tomo III, p. 154.

<sup>1359</sup> Sublinhando este aspeto, JOSE LEITÃO, & LUIS NUNES DE ALMEIDA, “Les Droits et Libertés des Étrangers...”, p. 305. Os autores falam, porém, apenas do «núcleo duro» de certos direitos sociais. Sobre o gozo do direito à segurança social por estrangeiros em situação irregular, v. ainda JOÃO CARLOS LOUREIRO, “Proteger é Preciso, Viver também...”, p. 317 e ss.

<sup>1360</sup> Assim, o Ac. n.º 340/95, de 22/06/1995, em que o TC sublinhou o seguinte: «o princípio da equiparação entre direitos e o tratamento nacional que a Constituição assegura aos estrangeiros e apátridas que se encontrem ou residam em Portugal impõem que a prestação jurídica para defesa do direito de asilo deva ser atribuída àqueles que não tendo ainda, de “permanência regular e continuada em Portugal”, um período de tempo superior a um ano, se encontrem, todavia, em território português».



integralmente»<sup>1361</sup>. Em vez de remeter a questão para o campo das exceções legais admitidas ao princípio da equiparação, que nos parece ser o adequado para resolver a questão, o TC limitou *a priori* o âmbito de aplicação subjetivo do princípio da equiparação constitucionalmente consagrado: ele não se aplicaria ao acesso a direitos sociais a prestações por parte de imigrantes em situação irregular. Para existir esse direito, não bastaria o princípio da equiparação, sendo ainda necessário acordo internacional com o país de origem do estrangeiro. Mais recentemente, o TC afirmou que «o princípio da equiparação vale para todos os estrangeiros, e não apenas para aqueles que se encontrem em situação regular dentro do território nacional, pelo menos no que respeita a um conjunto nuclear de direitos (universais) de fonte constitucional ou internacional»<sup>1362</sup>. Ficou, assim, a dúvida de saber se, à partida, o referido princípio apenas abrange os estrangeiros em situação irregular no que respeita apenas «a um conjunto nuclear de direitos (universais) de fonte constitucional ou internacional».

Ora, essa limitação subjetiva – e objetiva – do âmbito do princípio da equiparação não tem qualquer apoio na letra do preceito nem no sentido desse mesmo princípio, que funciona como uma cláusula geral justificada na universalidade dos direitos. Isso significa que, salvo exceções expressas, todos os direitos são reconhecidos *a priori* a estrangeiros. O que se admite é a previsão de exceções legislativas, que têm de obedecer a parâmetros estritos, como se verá mais à frente. O TC parece ter adotado um raciocínio inverso – o de que, *a priori*, certos direitos estão excluídos a determinados estrangeiros, a não ser que intervenção legislativa ou derivada de tratado os estendam aos mesmos. No entanto, em vários outros arestos, como se verá *infra*<sup>1363</sup>, o TC parece ter colocado a questão na sede que nos parece correta – a das restrições ao princípio da equiparação.

Não podemos deixar de sublinhar, por fim, que concordamos com JORGE PEREIRA DA SILVA quando o autor refere que o principal problema referente à imigração ilegal não se coloca no plano da sua titularidade jurídica, mas sim no plano do respetivo exercício e da sua proteção jurídica<sup>1364</sup>. Tal como referimos *supra*<sup>1365</sup>, apesar do reconhecimento de que os imigrantes em situação irregular são titulares dos mesmos direitos fundamentais que os demais estrangeiros, na prática, e por diversos motivos, verifica-se ainda um défice de proteção dos mesmos. Muitas vezes, tal falta de proteção deriva do receio dos referidos estrangeiros denunciarem a sua situação de ilegalidade se quiserem exercer os seus direitos fundamentais (*v.g.*, acesso à justiça, acesso aos cuidados básicos de saúde). Tal receio é tão mais justificado quando são poucos os mecanismos que garantem que os imigrantes podem exercer os referidos direitos sem ficarem sujeitos a uma eventual ação das autoridades, motivada pelo conhecimento da sua situação de ilegalidade<sup>1366</sup>.

Este ponto é por demais problemático, já que entra no cerne da questão da compatibilidade entre a salvaguarda dos direitos fundamentais dos estrangeiros, que recebe consagração no art. 15.º da CRP, e o interesse estadual de luta contra a imigração ilegal, que, de alguma forma, recebe também consagração constitucional (art. 27.º, n.º3, al. c), que prevê

<sup>1361</sup> Ac. n.º 423/2001, de 09/10/2001.

<sup>1362</sup> Ac. n.º 296/2015, de 25/05/2015.

<sup>1363</sup> V. *infra*, ponto 5.4. do presente capítulo.

<sup>1364</sup> “Artigo 15.º...”, p. 268.

<sup>1365</sup> V. ponto 2.2. do Capítulo I da presente Parte.

<sup>1366</sup> Sobre o acesso de imigrantes em situação irregular aos cuidados de saúde, v. LÍVIA SANTANA E SANT’ANNA VAZ, “Inmigración Irregular...”, p. 219 e ss. Reveste particular importância, neste contexto, o Decreto-lei n.º 67/2004, de 25 de março, que criou um registo nacional dos menores estrangeiros que se encontrem legalmente no território, destinado a assegurar que os mesmos gozam de um direito à educação e à saúde.

a medida de detenção de pessoa que tenha penetrado ou permaneça irregularmente no território nacional).

- *Outras experiências constitucionais*

Outras jurisdições constitucionais têm também afirmado a necessidade de reconhecimento de direitos fundamentais aos estrangeiros em situação irregular, limitando-os porém, tal como a jurisprudência do TC analisada, também a um núcleo restrito de direitos.

a) *Espanha*

A questão do reconhecimento de direitos fundamentais a imigrantes em situação irregular foi também discutida pelo Tribunal Constitucional espanhol. Note-se que, contrariamente à Constituição portuguesa, a congénere espanhola remete para o legislador ou para tratado internacional a definição dos direitos da titularidade dos estrangeiros nos seguintes termos: «[L]os extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley». Esta redação não impediu, porém, que o Tribunal Constitucional considerasse que determinados direitos deviam ser, por força da Constituição, diretamente reconhecidos a estrangeiros, ainda que em situação irregular.

Desde logo, ao sublinhar a conexão necessária entre alguns direitos e a dignidade da pessoa humana, o Tribunal afastou a necessidade de fazer depender o gozo desses direitos de considerações ligadas ao estatuto legal das pessoas<sup>1367</sup>. O principal princípio na matéria foi firmado na *Sentencia* n.º 107/84, de 23/11/1984, em que o Tribunal referiu que os direitos fundamentais dos estrangeiros em situação irregular são aqueles que pertencem à *pessoa* enquanto tal, e não ao cidadão. Tais direitos seriam os direitos considerados «imprescindíveis para a garantia da dignidade humana»<sup>1368</sup>.

O Tribunal Constitucional espanhol reconheceu expressamente direitos fundamentais a imigrantes em situação irregular em inúmeros casos. Na *Sentencia* n.º 12/1994, o Tribunal afirmou que deve ser reconhecida a uma imigrante em situação irregular a garantia de *habeas corpus*<sup>1369</sup>. Na *Sentencia* n.º 95/2003, o Tribunal referiu que deve ser reconhecido ao estrangeiro o direito à justiça gratuita independentemente da sua situação administrativa, pelo que a expressão «residentes em Espanha» deve ser interpretada de forma puramente fáctica<sup>1370</sup>.

Por seu turno, na *Sentencia* n.º 236/2007, discutiu-se se o legislador pode condicionar o exercício de direitos fundamentais à obtenção por parte dos estrangeiros de uma prévia autorização de permanência em Espanha<sup>1371</sup>. Neste caso, pois, o Tribunal Constitucional

---

<sup>1367</sup> FRANCISCO RUBIO LLORENTE, “Les Droits et Libertés...”, p. 175.

<sup>1368</sup> Sobre este aresto v., em detalhe, FERNANDO FLORES, “Los derechos fundamentales...”, p. 154.

<sup>1369</sup> *Sentencia* n.º 12/1994, de 17/01/1994. V., sobre esta decisão, JAVIER GARCÍA ROCA, “La titularidad constitucional...”, p. 89.

<sup>1370</sup> *Sentencia* n.º 95/2003, de 22/05/2003. V. JAVIER GARCÍA ROCA, “La titularidad constitucional...”, p. 82, CARLOS ORTEGA CARBALLO, “Los Derechos Fundamentales de los Extranjeros en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional...”, p. 16.

<sup>1371</sup> *Sentencia* n.º 236/2007, de 07/11/2007.

espanhol situou o problema do reconhecimento de direitos a estrangeiros em situação irregular na sede adequada – no problema dos *limites de regulação legislativa*<sup>1372</sup>. Essa conclusão é tanto mais interessante quando a redação do preceito espanhol difere do português por remeter expressamente para o legislador ou para tratados internacionais o reconhecimento de direitos fundamentais ao estrangeiro.

*b) Itália*

Tal como a Constituição espanhola, também a Constituição italiana remete a condição jurídica do estrangeiro para a lei ou convenção internacional (art. 10.º). O Tribunal Constitucional italiano referiu que aos estrangeiros em situação irregular apenas são reconhecidos os direitos fundamentais da pessoa humana previstos nas normas de direito interno, nas convenções internacionais e nos princípios de direito internacional geralmente reconhecidos<sup>1373</sup>. A doutrina tem defendido que o reconhecimento de direitos a estrangeiros em situação irregular depende da conjugação de três normas constitucionais: o art. 2.º, na parte em que reconhece a todos os direitos invioláveis do Homem, o art. 3.º, enquanto reconhece a igualdade e igual dignidade social de todos os «cidadãos» (defendendo que o âmbito deste último visa abarcar todas as pessoas), e o referido art. 10.<sup>o</sup><sup>1374</sup>.

Em geral, porém, o reconhecimento efetivo de um direito a estrangeiros em situação irregular dependerá do caso concreto. Assim, na *Sentenza* n.º 353 de 21/11/1997, o Tribunal não julgou inconstitucional o facto de o regime relativo à expulsão de estrangeiros ser menos favorável para os estrangeiros em situação irregular. A *Corte* referiu que estava em causa a ponderação de vários valores em conflito: de um lado, razões de «solidariedade humana» e, de outro, o dever, de que o Estado não podia abdicar, de assegurar a defesa das suas fronteiras. Mais acrescentou que as regras em causa se destinavam, ao mesmo tempo proteger a comunidade nacional e todos aqueles que as observavam e que podiam sofrer danos, provocados pela tolerância de situações ilegais.

No entanto, na *Sentenza* n.º 252 de 2001, de 05/07/2001, referiu que a garantia do «núcleo irreduzível» do direito à saúde era universal, sendo irrelevante o estatuto do requerente de cuidados. Assim, um estrangeiro que se encontrasse a residir ilegalmente no território teria direito a prestações de saúde urgentes.

*c) França*

A *Décision* n.º 89-289 DC, de 22/01/1990 afirmou que as liberdades e direitos fundamentais de valor constitucional são reconhecidos a todos os que residem em França<sup>1375</sup>. A doutrina tem dividido esses direitos entre direitos «condicionais» e «incondicionais»,

---

<sup>1372</sup> CARLOS ORTEGA CARBALLO, “Los Derechos Fundamentales de los Extranjeros después de la Sentencia del Tribunal Constitucional...”, p. 7. No sentido de que as restrições a direitos a imigrantes em situação irregular têm de ser justificadas de forma objetiva e razoável para serem constitucionalmente admissíveis, v. ANNAÏCK FERNÁNDEZ LE GAL, “Los Derechos Fundamentales...”, p. 68.

<sup>1373</sup> CORTE COSTITUZIONALE, *La Condizione Giuridica dello Straniero Extracomunitario...*, p. 10.

<sup>1374</sup> EMANUELE ROSSI, “I diritti fondamentali...”, p. 117.

<sup>1375</sup> A doutrina debate sobre qual deverá ser o âmbito das «liberdades e direitos fundamentais de valor constitucional». Sobre este ponto, v. JUSTIN KISSANGOULA, *La Constitution Française...*, p. 261 e ss.

referindo que, no que toca à segunda categoria, o legislador não pode condicionar o gozo dos mesmos à condição de residência legal no território<sup>1376</sup>.

Da jurisprudência do *Conseil Constitutionnel* ressalta que a ilegalidade da situação tem uma incidência variável no reconhecimento de direitos fundamentais ao estrangeiro<sup>1377</sup>. Tudo dependerá do direito fundamental em causa, em particular no que respeita ao tipo de dever correspondente que caberá ao Estado para assegurar o mesmo<sup>1378</sup>. No entanto, isso não significa que apenas se reconheça ao estrangeiro direitos que imponham abstenções por parte do Estado. De facto, o *Conseil Constitutionnel*, apesar de não reconhecer que os estrangeiros em situação irregular têm direito a todas as prestações sociais, referiu que os mesmos têm, no entanto, direito a cuidados de saúde em caso de urgência<sup>1379</sup>, ou ainda às garantias referentes a processos jurisdicionais justos<sup>1380</sup>.

Contudo, a doutrina tem assinalado que a questão do reconhecimento de direitos fundamentais sociais a estrangeiros em situação irregular é hoje uma das questões mais controversas no que toca ao gozo de direitos fundamentais por parte de estrangeiros. Como afirma um estudo de direito comparado entre a Alemanha, França e Holanda, se é verdade que a nacionalidade não é já, em geral, tida em conta para a aquisição de prestações sociais, a residência e o respetivo carácter legal são ainda condições importantes nesses países<sup>1381</sup>.

#### d) EUA

No caso dos EUA, e apesar da jurisprudência mais severa em matéria de imigração, no que toca ao reconhecimento de outros direitos, a *Supreme Court* não tem negado, *a priori*, que os estrangeiros em situação irregular possam ser titulares dos mesmos. Na falta de consagração constitucional de um princípio da equiparação ou da dignidade da pessoa humana, o reconhecimento de direitos a estrangeiros em situação irregular tem derivado do princípio da igualdade. O *leading case* foi o *Phyller c. Doe*<sup>1382</sup>, em que o tribunal reconheceu aos filhos de estrangeiros em situação irregular o direito de acederem ao ensino<sup>1383</sup>. Nesse sentido, invocou que o termo «pessoa» usado na 5ª Emenda era suficientemente amplo para incluir qualquer e todo o ser humano sujeito à jurisdição da República, rejeitando o argumento de que a *equal protection clause* apenas se aplicava aos estrangeiros que se encontrassem legalmente no território. Note-se, no entanto, que a *Supreme Court* não considerou que a categoria de “ilegal” era “suspeita”, tendo aplicado um controlo intermédio (*«intermediate scrutiny»*)<sup>1384</sup>.

---

<sup>1376</sup> JUSTIN KISSANGOULA, *La Constitution Française...*, p. 292. O autor insere na última categoria o direito de asilo, o direito à liberdade pessoal, a levar a cabo uma vida familiar normal, a casar e de defesa.

<sup>1377</sup> ANNABELLE PENA-GAIA, “Les Droits et Libertés...”, p. 215.

<sup>1378</sup> V. *Idem*, p. 219 e ss.

<sup>1379</sup> *Décision* n.º 93-325 DC, de 13/08/1993. ANNABELLE PENA-GAIA considera que o direito à educação deverá ser, também, reconhecido. Cf. *idem*, p. 221.

<sup>1380</sup> *Décision* n.º 97-389 DC, de 22/04/1997. V., sobre este ponto, ANNABELLE PENA-GAIA, *idem*, p. 241.

<sup>1381</sup> VIRGINIE GUIRAUDON, *Les Politiques d'Immigration...*, p. 51.

<sup>1382</sup> *Phyller c. Doe* 457, U.S. 202 (1982).

<sup>1383</sup> ALEXANDER ALEINIKOFF, “Citizens, Aliens...”, p. 25. Merecem ainda referências os casos *Almeida-Sanchez c. United States*, 413 U.S. 266 (1973) e *Wong Wing c. United States*, 163 U.S. 228 (1896). Neste último, a *Supreme Court* considerou que um estrangeiro detido e sujeito a trabalhos forçados em função da sua presença ilegal no território tinha direito à proteção da 5ª e 6ª Emendas.

<sup>1384</sup> Sobre este ponto v. GUY SCOFFONI, “Les Droits et Libertés...”, p. 191 e ss.

#### 5.4. EXCEÇÕES

Apesar da sua formulação generosa, o princípio da equiparação admite exceções, que se traduzem na reserva de determinados direitos aos cidadãos portugueses, ou apenas a certas categorias de estrangeiros.

Face à possibilidade de se preverem exceções, alguns autores referem que o princípio da equiparação é meramente *tendencial*<sup>1385</sup>. Julgamos ser desnecessária essa qualificação. Tratando-se de um *princípio*, por natureza não se pretende absoluto e acabado, abrindo-se à sua limitação em função da necessidade de ponderação com valores conflituantes<sup>1386</sup>.

A possibilidade de formulação de exceções está prevista no próprio art. 15.º: estão fora do princípio da equiparação os direitos políticos e o exercício de funções públicas sem caráter predominantemente técnico, os direitos reservados pela CRP a cidadãos portugueses e os direitos reservados pela lei aos cidadãos portugueses (art. 15.º, n.º2). As exceções dizem tendencialmente respeito a direitos que se relacionam com a organização política e da comunidade, e não a direitos respeitantes à dignidade da pessoa humana<sup>1387</sup>.

Trate-se de exceções previstas na CRP ou na lei, elas terão sempre de ser interpretadas à luz dos instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos: os direitos *repetidos* terão de integrar a esfera jurídica de todos os indivíduos que se encontrem ou residam em Portugal<sup>1388</sup>. É a esta luz que se devem ler e enquadrar os vários tipos de exceções previstos no art. 15.º: as exceções enumeradas nesse mesmo normativo, as exceções previstas noutros lugares da Constituição, e finalmente as exceções previstas na lei. O Tribunal Constitucional refere-se àquelas que estão enumeradas no texto constitucional como «exceções prescritas», por contraposição às exceções fora do texto, e que configuram «exceções admitidas»<sup>1389</sup>.

##### 5.4.1. Exceções enumeradas no art. 15.º

São duas as exceções ao princípio da equiparação enumeradas no art. 15.º: os direitos políticos e o exercício de funções públicas sem caráter predominantemente técnico. Trata-se de exceções imperativas, só podendo o legislador estender tais direitos a estrangeiros nos casos e nos termos previstos nessas mesmas normas<sup>1390</sup>. Estas exceções encontram o seu fundamento na qualidade de *cidadão*, que implica o gozo de direitos inerentes e próprios a essa qualidade, fundamentando-se na participação na comunidade política e na relação com o território<sup>1391</sup>. Uma vez que a nossa dissertação versa em particular sobre direitos de

---

<sup>1385</sup> ANA LUÍSA PINTO, *A pena acessória...* p.64.

<sup>1386</sup> ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais...*, p. 89 e ss.

<sup>1387</sup> GONÇALO SARAIVA MATIAS, *Migrações e Cidadania...*, p. 36.

<sup>1388</sup> JORGE PEREIRA DA SILVA, *Direitos de Cidadania...*, p. 34.

<sup>1389</sup> Ac. n.º 96/2013, de 19/02/2013.

<sup>1390</sup> JORGE PEREIRA DA SILVA, *Direitos de Cidadania...*, p. 36. Trata-se, nas palavras deste autor, de «exceções imperativas». Cf. “Artigo 15.º...”, p. 269.

<sup>1391</sup> MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Os Direitos Fundamentais dos Estrangeiros...*, p. 169. A autora fala ainda de uma *reserva relativa* de direitos em favor dos portugueses e uma *reserva absoluta*, que comporta um núcleo de direitos nunca extensível a qualquer categoria de estrangeiros (estão nessa circunstância os direitos de acesso

imigração, não nos iremos debruçar em detalhe sobre as exceções respeitantes ao exercício de funções públicas e de direitos políticos<sup>1392</sup>.

O Tribunal Constitucional refere que estas exceções são justificadas por assentarem no seu relacionamento com a comunidade política institucionalizada – «com a qual o estrangeiro tem, naturalmente, uma ténue ligação»<sup>1393</sup>. Duvidamos desta justificação e da conceção apriorística de que parte, assente na convicção de que a relação entre o estrangeiro e a comunidade nacional é *naturalmente* ténue. Senão, pense-se nos estrangeiros que se encontram enraizados no nosso país, e que inclusivamente podem ter nascido e vivido sempre em Portugal, sem nunca se terem naturalizado. A exclusão de direitos de participação política a estrangeiros que residam há muitos anos no território não deixa de levantar problemas a nível do princípio democrático, já que esses estrangeiros estão sujeitos às leis nacionais, sem estarem representados na sua feitura<sup>1394</sup>.

No entanto, desde a revisão de 1989 a Constituição autoriza que a lei ordinária conceda a estrangeiros residentes em Portugal, em condições de reciprocidade, a capacidade eleitoral ativa e passiva para a eleição de titulares de órgãos de autarquias locais (n.º 4). A revisão de 1992 veio permitir ainda que a lei atribua, em condições de reciprocidade, aos cidadãos dos

---

aos cargos políticos de Presidente da República, de Presidente da Assembleia da República, de Primeiro-Ministro, de Presidente dos Tribunais Superiores, bem como o serviço nas forças armadas e na carreira diplomática).

<sup>1392</sup> No que toca aos direitos políticos, estão em causa fundamentalmente os direitos, liberdades e garantias de participação política enunciados no capítulo II, do título II, da parte I, bem como os do n.º 1 do art. 167.º e do n.º 2 do art. 240.º da CRP. Os direitos políticos em causa são, por um lado, os de intervenção política ativa e passiva e, por outro, os direitos de participação política, relativos à participação na vida pública, ao acesso a cargos públicos, o direito de constituir partidos e de participar na sua gestão. Dúvidas maiores levantam os direitos de petição e de ação popular. Sobre os direitos políticos dos estrangeiros, v. MÁRIO TORRES, “O Estatuto Constitucional...”, p. 15, JORGE PEREIRA DA SILVA, *Direitos de Cidadania...*, p. 36 e ss., e, do mesmo autor, “Artigo 15.º...”, p. 269 e ss., ALEXANDRA CHÍCHARRO DAS NEVES, *Os Direitos do Estrangeiro...*, p. 71 e ss., MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Os Direitos Fundamentais dos Estrangeiros...*, p. 170 e ss. No que toca às funções públicas que não têm caráter predominantemente técnico, tem-se entendido que a exceção apenas abrange as que implicam o exercício de poderes de autoridade, tanto no âmbito da administração pública, mediante a investidura em poderes de direção ou de chefia, como no âmbito externo, pela atribuição da competência para definir situações jurídicas através de atos de autoridade. O Tribunal Constitucional tem ainda referido que as funções públicas sem caráter puramente técnico são definidas a partir da sua dimensão de autoridade, compreendendo os cargos «que impliquem atribuições que concorrem para a definição autoritária de direitos», «as posições que atribuem competência para condicionar o exercício da liberdade de Auto conformação individual», e ainda «os cargos superiores da administração pública, na medida em que lhes seja conferida competência para, na prossecução do interesse público, definir autoritariamente e através do exercício de amplos poderes discricionários, a situação dos cidadãos que com ela se relacionem» (cf. Ac. n.º 96/2013, de 19/02/2013). Sobre o direito dos estrangeiros ao exercício de funções públicas, v. MÁRIO TORRES, “O Estatuto Constitucional...”, p. 16 e ss., JORGE PEREIRA DA SILVA, *Direitos de Cidadania...*, p. 38 e ss., e “Artigo 15.º...”, p. 270 e ss., CARLOS PAMPLONA DE OLIVEIRA, *A Jurisprudência...*, p. 4., JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo III, p. 152 e ss., e os seguintes Acórdãos do TC: Ac. n.º 354/97, de 30/04/1997, Ac. n.º 159/98, de 30/04/1998, Ac. n.º 650/98, de 17/11/1998, Ac. n.º 423/2001, de 09/10/2001 (que declarou a inconstitucionalidade com força obrigatória geral das normas constantes do art. 1.º, n.º 1, do DL n.º 319/84, de 1 de outubro, na parte em que reservava a nacionais portuguesas a qualificação como deficiente das Forças Armadas ou equiparado), Ac. n.º 345/2002, de 11/07/2002, que declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, de várias normas que reservavam o exercício de funções docentes no ensino público a cidadãos nacionais e o Ac. n.º 96/2013, de 19/02/2013, que julgou inconstitucional a reserva do acesso à atividade profissional dos marítimos aos cidadãos nacionais de países da UE ou abrangidos por convenção internacional.

<sup>1393</sup> CARLOS PAMPLONA DE OLIVEIRA, *A Jurisprudência...*, p. 3.

<sup>1394</sup> Sobre essa problemática, AA.VV., *La regulación de la Inmigración...*, p. 17, CONSTANÇA URBANO DE SOUSA, “Imigração e o ideal democrático de «demos» inclusivo...”, p. 217 e ss. e, no que toca ao ordenamento jurídico norte-americano, GERALD L. NEUMAN, *Strangers to the Constitution...*, p. 63 e ss. e 139 e ss.

Estados-Membros da UE residentes em Portugal, o direito de elegerem e de serem eleitos deputados ao Parlamento Europeu (n.º5), e aos cidadãos dos Estados de língua portuguesa com residência permanente em Portugal e em condições de reciprocidade, direitos não conferidos a estrangeiros, com exceção do acesso aos cargos de Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, Primeiro-Ministro, Presidentes dos Tribunais Supremos e o serviço nas Forças Armadas e na carreira diplomática (n.º3)<sup>1395</sup>.

Estas normas vieram permitir, pois, que direitos em princípio apenas da titularidade de cidadãos portugueses fossem também estendidos a estrangeiros, verificadas as condições exigidas: reciprocidade, exigência de residência no território português e regulação, por lei, do exercício do referido direito<sup>1396</sup>.

#### 5.4.2. Exceções previstas noutras normas constitucionais

Para além das mencionadas expressamente no art. 15.º, poderão existir outras exceções ao princípio da equiparação resultantes do texto constitucional. Neste contexto, existem algumas dúvidas no que toca a saber quando é que uma norma constitucional reserva determinados direitos aos cidadãos portugueses.

Para MÁRIO TORRES, a CRP reserva um determinado direito aos portugueses se o imputar expressamente «aos portugueses» ou aos «cidadãos portugueses»<sup>1397</sup>. O melhor exemplo é o do serviço nas Forças Armadas (art. 275.º, n.º2 e 276.º, n.º1 CRP). Pelo contrário, quando usar as expressões «todos», «todas as pessoas» ou «ninguém», pretenderá reconhecer o caráter universal do direito. O autor hesita, porém, quanto às situações em que a CRP usa expressão «cidadão». MÁRIO TORRES refere que, à partida, os direitos em causa estariam reservados aos cidadãos portugueses. Porém, reconhece que nem sempre se pode usar esse critério, já que, no que toca a alguns direitos que estão redigidos como sendo da titularidade dos «cidadãos» não faz sentido reservarem-se apenas aos portugueses, como é o caso do direito à inviolabilidade do domicílio (art. 34.º, n.º2)<sup>1398</sup>.

Vejamos qual tem sido a experiência, neste ponto, das demais jurisdições constitucionais.

---

<sup>1395</sup> Para desenvolvimentos sobre os acordos que se realizaram em concretização desta norma, v. RUI MOURA RAMOS, “Nacionalidade...”, p. 112. Sobre a revisão constitucional de 2001, que alterou a expressão “*mediante convenção internacional*” para “*nos termos da lei*”, v. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, p. 211. O direito de voto dos estrangeiros nas eleições locais está regulado na Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14 de agosto, alterada pela Lei Orgânica 3/2005 de 29 de agosto. A lei estabelece diferenciações entre os eleitores não nacionais em três categorias: cidadãos europeus (a quem o direito é automaticamente atribuído), cidadãos de países de língua portuguesa que sejam Parte na CPLP (que possuem o direito caso tenham residência na circunscrição eleitoral há pelo menos dois anos) e outros cidadãos, com base na reciprocidade (com residência há pelo menos três anos).

<sup>1396</sup> Para mais desenvolvimentos sobre este ponto, v. MÁRIO TORRES, “O Estatuto Constitucional...”, p. 24 e ss. e J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, p. 361 e ss.

<sup>1397</sup> MÁRIO TORRES, “O Estatuto Constitucional...”, p. 18.

<sup>1398</sup> MÁRIO TORRES, “O Estatuto Constitucional...”, p. 20. Estariam nessa situação ainda os direitos de reunião, manifestação e associação (art. 45.º e 46.º), entre muitos outros.

*a) Outras experiências constitucionais*

A questão da interpretação dos preceitos consagradores de direitos fundamentais que se referem apenas a «cidadãos» tem sido também analisada por outras jurisdições constitucionais. De uma forma geral, as mesmas têm evitado recorrer apenas ao elemento literal para excluir os estrangeiros do âmbito de proteção dos direitos em causa.

*i) Espanha*

O Tribunal Constitucional espanhol exclui o critério da literalidade quando se trata de determinar o âmbito de aplicação de um direito<sup>1399</sup>, embora aparentemente não o faça quando o direito em causa se encontra redigido de forma a não deixar margem de dúvidas em relação ao seu âmbito *universal*. De facto, considerou que a própria Constituição reconhece determinados direitos aos estrangeiros quando delimita os seus titulares mediante expressões genéricas, universais ou impessoais, como “*todos*” ou “*ninguém*”, por contraposição a “*cidadãos espanhóis*”<sup>1400</sup>. No que toca aos demais, tem em conta as implicações da leitura dos direitos constitucionais à luz dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos de que Espanha seja parte, por força do art. 10.º, n.º2, da Constituição<sup>1401</sup>.

*ii) Itália*

Também o Tribunal Constitucional italiano refere que o elemento literal pode ter interesse quando a Constituição usa termos gerais, para considerar determinados direitos como beneficiando *todos os seres humanos*, mas que não deve ser enfatizado quando a Constituição apenas se refere a «cidadãos»<sup>1402</sup>. Essa jurisprudência desenvolveu-se sobretudo devido a casos em que o Tribunal Constitucional verificou que seria injustificável negar a estrangeiros direitos que apenas referiam «cidadãos» (*v.g.*, o direito de associação)<sup>1403</sup>. Assim, considerou, por exemplo, que a referência textual a «cidadãos» feita pela al. 1 do art. 3.º aos *cidadãos* não exclui que a igualdade perante a lei seja garantida aos estrangeiros quando se trate de assegurar a proteção dos direitos invioláveis do ser humano<sup>1404</sup>.

---

<sup>1399</sup> *Sentencia* n.º 94/1993, de 22/03/1993. V. JAVIER GARCÍA ROCA, “La titularidad constitucional...”, p. 88.

<sup>1400</sup> MARCO APARICIO WILHELMI, “El Reconocimiento Constitucional...”, p. 108, RUTH RUBIO MARÍN, “La inclusión del Inmigrante...”, p. 45 e ss., MARÍA EMÍLIA CASAS BAAMONDE, *El Tribunal Constitucional...*, p. 9.

<sup>1401</sup> MARÍA EMÍLIA CASAS BAAMONDE, *El Tribunal Constitucional...*, p. 10.

<sup>1402</sup> CORTE COSTITUZIONALE, *La Condizione Giuridica dello Straniero Extracomunitario...*, p. 11. V. ainda PAOLO ROBERTO PASSAGLIA, & ROMBOLI, “La condizione giuridica...”, p.18, EMANUELE ROSSI, “I diritti fondamentali...”, p. 129.

<sup>1403</sup> *Sentenza* n.º 193/1985, de 28/06/1985.

<sup>1404</sup> *Sentenza* n.º 54/1979 de 15/06/1979.



*b) Portugal*

A determinação dos titulares dos direitos em função da mera literalidade dos preceitos não merece o acordo de parte da doutrina portuguesa<sup>1405</sup>. Julgamos que deverá ser essa a posição a adotar. Assim, se o direito se encontra redigido em termos gerais, ele beneficia os estrangeiros. Se se encontra referido aos «cidadãos», para se determinar se tal referência significa uma exceção ao princípio da equiparação, terá de se ler esse direito à luz dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, por força do art. 16.º da CRP. Isso levará a concluir que alguns direitos constitucionais reservados aos «cidadãos» são, no fundo, universais, por se encontrarem protegidos por instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos de que Portugal é parte. Estarão nessa situação o direito a procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade para defesa dos direitos, liberdades e garantias (art. 20.º, n.º 5), inviolabilidade do domicílio (art. 34.º, n.º2), direito de reunião e manifestação (art. 45.º), entre outros. Já não estarão nessa situação os direitos de livre entrada e permanência no território nacional, como já se analisou na Parte I (art. 33.º, n.º1 e art. 44.º)<sup>1406</sup>, ou ainda o direito de acesso a cargos públicos (art. 50.º).

**5.4.3. Exceções previstas na lei**

O n.º 2 do art. 15.º prevê ainda a possibilidade de a lei reservar determinados direitos para os cidadãos portugueses. Resta analisar em que termos se podem estabelecer semelhantes reservas.

*a) Requisitos orgânicos e formais*

Primeiro de tudo, a reserva terá de ser estabelecida por lei formal – a Constituição preceitua que tem de ser a lei, e não a administração, a reservar exclusivamente a portugueses determinados direitos<sup>1407</sup>. Para além disso, a lei terá de ser uma lei da Assembleia da República ou um Decreto-lei autorizado, se se tratar de direitos, liberdades e garantias, nos termos do art. 165.º, n.º 1, al. b)<sup>1408</sup>. Depois, o legislador tem de respeitar diversos limites, a analisar de seguida.

---

<sup>1405</sup> Nesse sentido, JORGE PEREIRA DA SILVA, *Direitos de Cidadania...*, p. 45, e ainda, do mesmo autor, “Artigo 15.º...”, p. 276.

<sup>1406</sup> Cf. Parte I, Capítulo III, ponto 3.

<sup>1407</sup> Assim, já o Parecer n.º 36/79, *Pareceres da Comissão Constitucional*, vol. 10, p. 167.

<sup>1408</sup> Nesse sentido, o Tribunal Constitucional, no Ac. n.º 690/95, de 05/12/1995 considerou que o Decreto-Lei n.º 387-B/87, de 29 de dezembro que regulava o acesso à justiça, ao estabelecer restrições no que toca ao acesso ao apoio judiciário por parte de estrangeiros era inconstitucional, já que tinha sido aprovado pelo Governo no uso da autorização legislativa conferida pela Lei n.º 41/87, de 23 de dezembro, que não conferia autorização para a referida restrição. Esse entendimento foi seguido por arestos posteriores, como o Ac. n.º 255/02, de 12/06/2002.

*b) O núcleo irredutível do princípio da equiparação*

O princípio da equiparação possui um núcleo irredutível, respeitante a um conjunto de direitos que terão sempre de ser reconhecidos a estrangeiros, estando por isso o legislador proibido de os reservar exclusivamente aos cidadãos portugueses.

Um limite absoluto é constituído pelo conjunto de direitos, liberdades e garantias que, mesmo em regime de exceção constitucional não podem ser suspensos, nos termos do art. 19.º, n.º<sup>1409</sup>. Consagrando esta disposição o conteúdo essencial de direitos, liberdades e garantias previstos na CRP que não podem ser afetados em situações de exceção constitucional, tem-se entendido não poderem também ser restringidos em função de categorias de pessoas<sup>1410</sup>. Assim, em nenhum caso podem ser reservados apenas a cidadãos portugueses (ou ainda cidadãos estrangeiros com estatuto regular<sup>1411</sup>) os direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e cidadania, à não retroatividade da lei penal, ao direito de defesa de arguidos em processo penal e à liberdade de consciência e de religião. Nesse seguimento, o TC considerou que as garantias em processo penal estão relacionadas com «a liberdade das pessoas, enquanto tais», pelo «seria seguramente ilegítima toda e qualquer discriminação de tratamento com base na cidadania»<sup>1412</sup>.

Mas não só. A leitura do princípio da equiparação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio da interpretação dos direitos fundamentais em conformidade com os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos exige ainda que outros direitos não possam ser excluídos da titularidade dos estrangeiros. Neste contexto, entendemos que não podem ser reservados a cidadãos portugueses os direitos essenciais à dignidade da pessoa humana e que não admitem limitações, como a proibição de tortura ou de tratamentos desumanos ou degradantes<sup>1413</sup>.

*- Outras experiências constitucionais*

Neste ponto reveste interesse a referência à jurisprudência constitucional de outros países que têm desenvolvido jurisprudência no sentido de saber que direitos não podem ser reservados apenas a cidadãos nacionais ou que direitos estão intimamente ligados à dignidade humana.

---

<sup>1409</sup> RUI MOURA RAMOS, “Estrangeiro...”, p. 1220, JORGE MIRANDA, *Manual...* Tomo IV, p. 369, MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Os Direitos Fundamentais dos Estrangeiros...*, p. 155. Confirmando este entendimento, v. o Ac. do TC n.º 296/2015, de 25/05/2015.

<sup>1410</sup> CARLOS PAMPLONA DE OLIVEIRA, *A Jurisprudência...*, p. 4.

<sup>1411</sup> No mesmo sentido, DUARTE MIRANDA MENDES, “Estrangeiro...”, p. 146.

<sup>1412</sup> Ac. n.º 54/87 de 10/02/1987.

<sup>1413</sup> Assim, o voto de vencido do Conselheiro MÁRIO TORRES no Acórdão do TC n.º 232/2004, de 25/03/2004. No mesmo sentido, MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, refere-se aos «direitos, liberdades e garantias ou direitos de natureza análoga estritamente relacionados com o desenvolvimento da personalidade humana», como os consagrados nos arts. 26.º, 36.º, n.º 1 e 5 e 42.º. Cf. *Os Direitos Fundamentais dos Estrangeiros...*, p. 155.

i) *Espanha*

Como já referimos, o preceito da Constituição espanhola é diferente do nosso: enquanto a CRP autoriza o legislador a estabelecer limites ao gozo, por parte de estrangeiros, aos direitos que em princípio lhe cabem por força do princípio da equiparação, a Constituição espanhola estabelece que os estrangeiros beneficiarão dos direitos constitucionais *nos termos da lei ou dos tratados*. Não obstante, o Tribunal Constitucional espanhol tem considerado que a remissão para a lei não visou *desconstitucionalizar* o gozo dos referidos direitos por parte dos estrangeiros<sup>1414</sup>. Assim, os direitos de que gozam os estrangeiros devem ser encarados como direitos constitucionais, sendo embora “direitos de configuração legal quanto ao seu conteúdo”<sup>1415</sup>.

No que toca à questão da titularidade dos direitos, o Tribunal Constitucional espanhol adotou inicialmente uma classificação tripartida dos direitos constitucionais<sup>1416</sup>, distinguindo as seguintes categorias: direitos que correspondem por igual a espanhóis e a estrangeiros, direitos não pertencentes a estrangeiros (direitos políticos reconhecidos no art. 23.º da Constituição), e finalmente direitos pertencentes ou não a estrangeiros conforme o disposto nos tratados e na lei.

No primeiro grupo cabem os direitos «imprescindíveis à dignidade da pessoa humana»<sup>1417</sup>. A lei não pode negar o exercício desses direitos a estrangeiros, já que eles se reconhecem a quaisquer pessoas, pelo simples facto de o serem e independentemente da sua situação jurídica ou administrativa. Para além disso, não pode estabelecer um tratamento desigual entre nacionais e estrangeiros. O valor da dignidade da pessoa humana constitui, assim, um primeiro limite no que toca à liberdade do legislador em regular os direitos dos estrangeiros<sup>1418</sup>.

A determinação dos direitos que se inserem no primeiro grupo faz-se, pois, tendo em conta a imprescindibilidade do direito para a dignidade da pessoa humana. No entanto, como acabou por reconhecer o próprio Tribunal, este critério deixava uma questão importante em aberto – é que todos os direitos fundamentais, pela sua própria natureza, podem ser considerados ligados à dignidade humana<sup>1419</sup>. Para ultrapassar este impasse, o Tribunal admitiu que alguns direitos possuem uma conexão mais estreita com a dimensão radicalmente básica da dignidade da pessoa humana, enquanto outros estão mais ligados ao livre desenvolvimento da pessoa humana ou à sua participação na sociedade. Assim, o parâmetro constitucional para determinar a liberdade de configuração do legislador é o «grau

---

<sup>1414</sup> Para uma lista de jurisprudência, v. MARCO APARICIO WILHELMI, “El Reconocimiento Constitucional...”, p. 114 e CARLOS ORTEGA CARBALLO, “Los Derechos Fundamentales de los Extranjeros en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional...”, p. 9.

<sup>1415</sup> *Sentencia* n.º 107/1984, de 23/11/1984.

<sup>1416</sup> *Sentencia* 107/1984, *cit.* Sobre a mesma, v. JAVIER GARCÍA ROCA, “La titularidad constitucional...”, p. 101, CARLOS ORTEGA CARBALLO, “Los Derechos Fundamentales de los Extranjeros en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional...”, p. 5 e ss, MARÍA EMÍLIA CASAS BAAMONDE, *El Tribunal Constitucional...*, p. 6 e ss.

<sup>1417</sup> O Tribunal enumera alguns desses direitos: o direito à vida, à integridade física e moral, à intimidade e à liberdade religiosa. Decisões posteriores vieram incluir o direito à tutela judicial efetiva, o direito a não ser discriminado em função de nascimento, raça, sexo, religião ou qualquer outra circunstância pessoal ou social.

<sup>1418</sup> CARLOS ORTEGA CARBALLO, “Los Derechos Fundamentales de los Extranjeros después de la Sentencia del Tribunal Constitucional...”, p. 9.

<sup>1419</sup> Dificuldade essa que era já criticada por parte da doutrina. Assim, JAVIER DE LUCAS, “El Marco Jurídico...”, p. 47.

de conexão com a dignidade humana» de cada direito em concreto. Para determinar essa conexão, há que atender a vários fatores, como a natureza do direito, o seu conteúdo e o bem jurídico protegido<sup>1420</sup>. Nessa tarefa, reveste especial relevância a DUDH e os demais tratados internacionais sobre as matérias ratificados por Espanha. Não obstante, este critério tem sido alvo de críticas por parte da doutrina, que continua a apontar a dificuldade na separação entre os dois tipos de direitos em concreto<sup>1421</sup>.

ii) *Itália*

A ideia de que a dignidade da pessoa humana constitui um limite à liberdade de reconhecimento de direitos na esfera de estrangeiros é também tida em conta pelo tribunal constitucional italiano. Este órgão referiu que os direitos inerentes ao ser humano são da titularidade de todos os indivíduos<sup>1422</sup>, pelo que constituem também um limite inultrapassável à liberdade de regulação do legislador<sup>1423</sup>. Aos estrangeiros deveria ser sempre reconhecido o «núcleo irredutível» dos direitos «invioláveis», independentemente do seu estatuto legal<sup>1424</sup>.

c) *As leis de reserva de direitos a cidadãos portugueses como leis restritivas*

No que toca aos direitos que não se considerem integrar o núcleo irredutível do princípio da equiparação, pode o legislador reservá-los aos cidadãos portugueses. Mas também aqui ele tem de respeitar certos limites.

Desde logo, o TC referiu que o legislador «não pode desvirtuar o próprio princípio, criando um número de exceções que alterem a regra da equiparação constitucionalmente consagrada»<sup>1425</sup>. A reserva de direitos a portugueses deve ter-se, enfim, como verdadeiramente excecional, sob pena de esvaziar o conteúdo do art. 15.º, n.º1<sup>1426</sup>.

Para além disso, tem-se entendido que a lei que proceder a essa reserva deve ser considerada uma lei restritiva para efeitos do art. 18.º<sup>1427</sup>. Assim, ela tem de ser justificada pela salvaguarda de um direito ou interesse constitucionalmente protegido, ser necessária e adequada a esse fim, e salvaguardar o núcleo essencial do princípio. Isso mesmo o afirmou o TC no Ac. 54/87<sup>1428</sup>: «embora a Constituição consinta que a lei reserve certos direitos exclusivamente a cidadãos portugueses (...) não pode obviamente fazê-lo de forma arbitrária,

---

<sup>1420</sup> *Sentencia* n.º 91/2000, de 30/03/2000.

<sup>1421</sup> EDUARDO ROIG MOLÉS, “Los Derechos de los Extranjeros...”, p. 598.

<sup>1422</sup> Assim, a *Sentenza* n.º 105/2001, de 22/03/2001.

<sup>1423</sup> CORTE COSTITUZIONALE, *La Condizione Giuridica dello Straniero Extracomunitario...*, p. 13.

<sup>1424</sup> *Sentenza* n.º 252/2001, de 05/07/2001. V. EMANUELE ROSSI, “I diritti fondamentali...”, p. 131.

<sup>1425</sup> Ac. n.º 690/95, de 06/12/1995.

<sup>1426</sup> PATRÍCIA JERÓNIMO, “Imigração e Cidadania...”, p. 340.

<sup>1427</sup> JORGE PEREIRA DA SILVA, *Direitos de Cidadania...*, p. 50, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 128, MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Os Direitos Fundamentais dos Estrangeiros...*, p. 250 e ss. e Ac. do TC n.º 340/95, de 22/06/1995, Ac. n.º 96/2013, de 19/02/2013. De sublinhar que o regime do art. 18.º não se aplica se o direito que se pretende reservar a portugueses não for um direito, liberdade e garantia. Assim, o TC no Ac. n.º 72/02, de 20/02/2001.

<sup>1428</sup> Ac. n.º 54/87 de 10/02/1987.

desnecessária ou desproporcionada, sob pena de inutilização do próprio princípio da equiparação (...)).».

Assim, qualquer restrição legal ao princípio da equiparação – por exemplo, fazendo depender o gozo de determinado direito fundamental da necessidade de residência no território<sup>1429</sup> - tem de ser objetivamente justificada por um valor constitucional relevante e tem de respeitar o princípio da proporcionalidade nas suas várias dimensões: tem de visar um fim legítimo, ser adequada e necessária para prosseguir esse fim, e respeitar o princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Neste contexto, merece especial referência o Ac. n.º 296/2015, que declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma que impunha o prazo mínimo de três anos de residência em território nacional para que os estrangeiros pudessem aceder ao rendimento social de inserção<sup>1430</sup>. Partindo do pressuposto de que a prestação em causa constitui uma imposição direta do respeito pela dignidade humana, o TC considerou que isso implicava uma *redução da margem de liberdade do legislador*, no que respeita a impor condições para que os estrangeiros beneficiem da mesma. Assim, afirmou que se deveria verificar um motivo forte, justificativo de um «merecimento e de uma tutela em grau muito elevado», ou uma «fortíssima razão, uma necessidade evidente» para se impor uma exceção ao princípio da equiparação nesse contexto. O motivo da sustentabilidade financeira do regime da segurança social, invocado pelo Governo, aliado ao objetivo de evitar o «efeito chamada» dos movimentos migratórios foram considerados, em abstrato, como idóneos para justificar exceções ao princípio da equiparação. No entanto, face aos dados práticos, o Tribunal considerou que «a importância que a imigração tem tido para contrabalançar o envelhecimento demográfico do sistema de segurança social, contribuindo para a sua sustentabilidade», demonstravam que, em concreto, poderia colocar-se a questão da falta de adequação da medida legislativa. Por outro lado, considerou que o requisito da duração mínima de três anos de residência legal no território para os estrangeiros poderem beneficiar da prestação em causa impunha um «sacrifício desproporcionado ao fim da restrição»<sup>1431</sup>.

Para além disso, as exceções devem ainda respeitar o princípio da igualdade, tendo de possuir um fundamento racional que justifique que determinado direito possa ser atribuído a portugueses mas não a estrangeiros<sup>1432</sup>. A doutrina indica algumas pistas para a determinação desse fundamento. JORGE MIRANDA refere a necessidade de um fundamento *racional*<sup>1433</sup>. J.J. GOMES CANOTILHO defende que deve ter-se em conta os *standards* mínimos fixados pelo direito internacional<sup>1434</sup>. Por seu turno, defende VIEIRA DE ANDRADE que a reserva de certos direitos aos cidadãos portugueses só é justificável em relação a direitos que

---

<sup>1429</sup> Assim, também, ANABELA COSTA LEÃO, “Ac. TC n.º 232/04 (expulsão de estrangeiros...)”, p. 29.

<sup>1430</sup> Ac. n.º 296/2015, de 25/05/2015.

<sup>1431</sup> Note-se, contudo, que esta decisão esteve longe de ser unânime, tendo recebido cinco votos de vencido.

<sup>1432</sup> Assim, a 1ª edição da obra de JORGE MIRANDA & RUI MEDEIROS, *Constituição...*, Tomo I, p. 133. No Ac. n.º 72/02, proc. n.º 769/99, o TC considerou que o art. 82.º, n.º1, alínea d), do Decreto-lei n.º 498/72, de 9 de dezembro, ao estabelecer como causa de extinção da situação de aposentação a perda da nacionalidade portuguesa, consagrava «uma solução arbitrária e discriminatória, por não ter fundamento racional e que infringia o princípio da justiça, deste modo violando o princípio da equiparação de direitos entre nacionais e não nacionais». Sobre este ponto, v. JOÃO CARLOS LOUREIRO, “Proteger é Preciso, Viver também...”, p. 316.

<sup>1433</sup> JORGE MIRANDA, *Manual...* Tomo III, p. 150.

<sup>1434</sup> J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 419. Parece-nos um critério demasiado restrito, pois a ordem constitucional portuguesa deve respeitar obrigações mais vastas, derivadas do respeito pelos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.

tenham fortes implicações de carácter social, e relativamente aos quais haja um valor constitucional que justifique a sua exclusividade para os nacionais<sup>1435</sup>.

- *Espanha*

O Tribunal Constitucional espanhol tem adotado um entendimento semelhante ao preconizado por nós, referindo que a lei apenas pode *regular o exercício* dos direitos constitucionais por parte dos estrangeiros, mas já não suprimi-los totalmente<sup>1436</sup>. Adotou, assim, uma interpretação do art. 13.º que se aproxima da redação do nosso art. 15.º: a remissão para as leis (e tratados) não significa que os estrangeiros apenas gozem dos direitos estabelecidos nos mesmos, mas apenas que a lei (e tratados) podem impor limites ao gozo desses direitos pelos estrangeiros<sup>1437</sup>. Tais restrições devem estar previstas em norma anterior, prosseguir uma finalidade legítima e ser proporcionais à mesma, devendo ser interpretadas *restritivamente*<sup>1438</sup>.

Este caminho foi seguido pela *Sentencia* n.º 115/1987 de 07/07/1987, que referiu que todos os direitos reconhecidos diretamente aos estrangeiros pela Constituição têm um conteúdo mínimo, que deve ser respeitado pelo legislador em todos os casos. Não só legislador não pode negá-lo aos estrangeiros, mas também tem de respeitar o conteúdo essencial dos mesmos<sup>1439</sup>. Mais liberdade tem o legislador no que toca aos direitos que a Constituição não atribui diretamente aos estrangeiros. Esses são direitos simultaneamente de atribuição e configuração legal, e não, como os anteriores, direitos de atribuição constitucional mas de configuração legal<sup>1440</sup>. Não obstante, também neste caso, o legislador não está totalmente livre para excluir os estrangeiros da sua titularidade ou do seu gozo. Para o fazer, tem de respeitar o princípio da proporcionalidade em função da finalidade prosseguida<sup>1441</sup>, bem como o princípio da igualdade, que impõe que a diferenciação tenha um fundamento objetivo e razoável<sup>1442</sup>.

d) *A reserva de direitos aos estrangeiros em situação legal*

Como refere JORGE PEREIRA DA SILVA, a maior parte dos problemas levantados pela formulação de exceções legais ao princípio da equiparação não diz respeito tanto à exclusão da titularidade de direitos por parte dos estrangeiros mas, principalmente, às leis que

---

<sup>1435</sup> JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 129. O TC acompanhou esta posição no Ac. n.º 96/2013, de 19/02/2013.

<sup>1436</sup> *Sentencia* 115/1987 e 99/1985. V. ainda MARCO APARICIO WILHELMI, “El Reconocimiento Constitucional...”, p. 115 e JAVIER GARCÍA ROCA, “La titularidad constitucional...”, p. 83.

<sup>1437</sup> *Sentencia* n.º 99/1985, de 30/09/1985.

<sup>1438</sup> TERESA FREIXES SANJUÁN & JOSÉ CARLOS REMOTTI CARBONELL, “Los Derechos de los Extranjeros...”, p. 111.

<sup>1439</sup> SONIA GARCÍA VÁSQUEZ, *El Estatuto Jurídico-Constitucional...*, p. 45.

<sup>1440</sup> MARÍA EMÍLIA CASAS BAAMONDE, *El Tribunal Constitucional...*, p. 17.

<sup>1441</sup> CARLOS ORTEGA CARBALLO, “Los Derechos Fundamentales de los Extranjeros después de la Sentencia del Tribunal Constitucional...”, p. 11.

<sup>1442</sup> MARCO APARICIO WILHELMI, “El Reconocimiento Constitucional...”, p. 120 e SONIA GARCÍA VÁSQUEZ, *El Estatuto Jurídico-Constitucional...*, p. 43.

estabelecem certas exigências ou condições para que os estrangeiros possam ser titulares desses mesmos direitos<sup>1443</sup>.

Neste contexto, uma questão amplamente debatida é a de saber se a lei pode fazer depender a titularidade de um direito da necessidade de legalidade da entrada ou de permanência do estrangeiro no território. Como se referiu *supra*, julgamos que esta questão não diz respeito ao âmbito subjetivo do princípio da equiparação, que se encontra formulado em termos suficientemente amplos para englobar os estrangeiros em situação irregular no território nacional, mas sim à possibilidade de o legislador estabelecer exceções ao princípio da equiparação entre categorias de estrangeiros. Esta é, pois, a sede correta para análise do problema.

Assim, no nosso entender, devem ser consideradas leis restritivas aquelas que excluam os estrangeiros em situação irregular do gozo de determinado direito. E não se argumente que tais leis não serão restritivas, mas sim leis extintivas ou ablativas desses direitos para as pessoas em causa, já que as restrições legais se podem traduzir precisamente na compressão do âmbito subjetivo dos direitos – assim, as leis que prescrevem determinada condição para o exercício do direito, excluindo o grupo de pessoas que não cumpre a condição em causa<sup>1444</sup>.

A exclusão de estrangeiros em situação irregular do gozo de determinados direitos deve, pois, ser considerada uma restrição ao princípio da equiparação, que não distingue os seus destinatários em função do estatuto legal, devendo, por isso, respeitar os princípios constitucionais aplicáveis. Isso significa, *inter alia*, que não basta a mera invocação da situação administrativa do estrangeiro para o excluir do gozo de certos direitos. A medida deve prosseguir um fim social legítimo e a exclusão dos estrangeiros nessa situação deve ser adequada a esse fim. De facto, como refere a doutrina do nosso país vizinho, é razoável pensar que não está na mesma situação quem cumpre a lei e quem a desrespeita em matéria de entrada e residência em território nacional, mas desse incumprimento não deve resultar, automaticamente, uma exclusão do gozo de todos os direitos fundamentais<sup>1445</sup>.

O Tribunal Constitucional do país vizinho debruçou-se já várias vezes sobre esse assunto, pelo que mais uma vez reveste interesse a análise das suas soluções.

#### *i) Espanha*

Numa decisão de 2007, o Tribunal Constitucional espanhol considerou que o critério de diferenciação dos estrangeiros em função da sua situação legal era constitucionalmente legítimo, podendo ser «*presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales que por su propia naturaleza hacen imprescindible el cumplimiento de los requisitos de la misma ley establece para entrar y permanecer en territorio español*»<sup>1446</sup>. Esse critério foi considerado razoável e proporcional para a prossecução de determinadas finalidades (sendo uma delas a efetivação de uma determinada política de imigração, pautada pela luta contra a imigração ilegal)<sup>1447</sup>. Não obstante, só pode aplicar-se a direitos não indispensáveis à dignidade da pessoa humana. Estando em causa direitos desse tipo, tal como não podem ser diferenciados cidadãos e estrangeiros, também

---

<sup>1443</sup> JORGE PEREIRA DA SILVA, *Direitos de Cidadania...*, p. 51.

<sup>1444</sup> No mesmo sentido, EDUARDO ROIG MOLÉS, “Los Derechos de los Extranjeros...”, p. 603.

<sup>1445</sup> JAVIER GARCÍA ROCA, “La titularidade constitucional...”, p. 105.

<sup>1446</sup> *Sentencia* n.º 236/2007, de 07/11/2007.

<sup>1447</sup> MARÍA EMÍLIA CASAS BAAMONDE, *El Tribunal Constitucional...*, p. 19.

não podem ser diferenciados estrangeiros em situação legal e estrangeiros em situação irregular<sup>1448</sup>.

Por outro lado, no que toca aos restantes direitos, não imprescindíveis para a dignidade da pessoa humana, mas que a Constituição reconhece claramente como sendo da titularidade de estrangeiros, o legislador não os pode negar aos estrangeiros em situação irregular, embora aí já seja admissível a previsão de algumas diferenças de tratamento<sup>1449</sup>.

*ii) Portugal*

Apesar dos casos acima mencionados, em alguns arestos o TC tem colocado a questão da reserva de direitos aos imigrantes em situação legal no campo das restrições ao princípio da equiparação. Foi isso que sucedeu no tocante ao direito ao apoio judiciário, reservado aos estrangeiros e apátridas habitualmente residentes em Portugal, exigindo a lei que os mesmos possuíssem autorização de residência válida e «permanência regular e continuada em Portugal, por período não inferior a um ano, salvo regime especial derivado de tratado ou convenção internacional». O TC considerou essa restrição inconstitucional, sublinhando que o acesso à justiça integrava o núcleo irredutível do princípio da equiparação<sup>1450</sup>.

---

<sup>1448</sup> *Idem*, p. 13.

<sup>1449</sup> *Sentencia* n.º 115/1987, de 07/07/1987, emanada a propósito dos direitos de reunião e de associação. V. ainda a *Sentencia* n.º 236/2007, de 07/11/2007. Em ambas o Tribunal considerou que, ao exigir a permanência legal no território para o exercício desses direitos, o legislador não se limitava a modelar esse exercício, mas antes negava os mesmos aos estrangeiros em situação irregular. Para mais desenvolvimentos, v. CARLOS ORTEGA CARBALLO, “Los Derechos Fundamentales de los Extranjeros después de la Sentencia del Tribunal Constitucional...”, p. 13.

<sup>1450</sup> Em causa estavam os arts. 7.º, n.º 2, do DL n.º 387-B/87, de 29 de dezembro. Numa primeira fase, o TC julgou inconstitucionais essas normas na parte em que vedavam a concessão de apoio judiciário aos estrangeiros que, tendo pedido asilo, pretendiam impugnar contenciosamente a decisão administrativa que lho havia negado. Assim, os Ac. n.º 316/95, n.º 317/95, e n.º 318/95, de 20/06/1995, os Acs. n.º 339/95, n.º 340/95 e n.º 341/95, de 22/06/1995, os Ac. n.º 388/95, n.º 392/95, e n.º 403/95, de 27/06/1995, o Ac. n.º 420/95, de 05/07/1995, o Ac. n.º 444/95, de 06/07/1995, os Acs. n.º 464/95 e 465/65, de 11/07/1995, o Ac. n.º 472/95, de 10/08/1995 e o Ac. n.º 138/96, de 07/02/1996. Estes primeiros arestos basearam o juízo de inconstitucionalidade não só na violação do princípio da equiparação e do direito ao apoio judiciário, como ainda na violação do próprio núcleo do direito de asilo e na violação da proibição de discriminação em razão da situação económica, prevista no art. 13.º, n.º 2 da CRP. Demonstrando que a questão podia ser resolvida de duas formas distintas – através da consideração de violação da garantia do direito de asilo (entendendo-se a garantia de recurso contencioso contra o ato administrativo de recusa de concessão do estatuto como um direito instrumental do próprio direito de asilo) e na violação do princípio constitucional da equiparação, ver o Ac. n.º 690/95, de 05/12/1995. A declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral das referidas normas na parte em que vedavam a concessão de apoio judiciário, na forma de patrocínio judiciário, aos estrangeiros que pretendiam impugnar contenciosamente a decisão administrativa que negou pedido de asilo, foi levada a cabo pelo Ac. n.º 962/96, de 11/07/1996. O TC considerou que as normas eram inconstitucionais na dimensão referida, primeiro porque desconstruíam a efetividade do direito de asilo, e, em segundo lugar, porque «contrariam a dimensão universalista dos direitos humanos que está na ordem constitucional portuguesa», pelo que violavam os arts 33.º, n.º 6, 20.º, n.º 1, 268.º, n.º 4 e 5 e 15.º, n.º 1 da CRP. Mais tarde, essa jurisprudência foi seguida em outro tipo de processos que envolviam estrangeiros. Assim, o Ac. n.º 365/2000, de 05/07/2000, em que estava em causa o apoio judiciário no âmbito do recurso contencioso de uma decisão da direção dos serviços de previdência da Caixa Geral de Depósitos, que havia recusado ao estrangeiro o estatuto de aposentado da administração pública portuguesa. A recusa de apoio judiciário para esse processo foi considerada inconstitucional apenas com base no art. 13.º, n.º 1 e 15.º, n.º 1 da CRP. Por seu turno, o Ac. n.º 433/2003, de 24/09/2003, declarou inconstitucional normas quando interpretadas no sentido de se recusar a concessão do benefício de apoio judiciário a estrangeiro não residente em Portugal e arguido em processo penal. Neste último caso, o TC baseou-se nas normas que garantem o princípio de que o processo penal



Assim, também o Ac. n.º 296/2015 afirmou: «enquanto excepção ao princípio da equiparação, a exigência de residência legal no País ou, por maioria de razão, de períodos mínimos de residência legal, nem sempre será admissível, devendo a sua conformidade constitucional ser apreciada em função dos direitos concretos em causa e do alcance restritivo dos especiais requisitos fixados para a sua concessão, à luz de outros princípios constitucionais eventualmente mobilizáveis»<sup>1451</sup>.

Desta jurisprudência resulta o princípio de que o legislador não pode livremente fazer depender da legalidade da residência o gozo de um determinado direito fundamental. Desde logo, e à semelhança da jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, e como o exige a interpretação do princípio da equiparação à luz do princípio da dignidade da pessoa e da interpretação dos direitos fundamentais à luz dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, não podem ser reservados os direitos incluídos no núcleo irredutível do princípio da equiparação. No que toca aos outros direitos, podendo as leis fazer depender o seu gozo da verificação do requisito relativo à regularidade da presença do estrangeiro no território, essas leis deverão ser consideradas *leis restritivas*.

*e) A questão da admissibilidade das cláusulas de reciprocidade*

No contexto da reserva legal de direitos a cidadãos nacionais ou a certas categorias de estrangeiros, uma outra questão amplamente debatida é a da constitucionalidade das cláusulas de reciprocidade, de acordo com as quais a lei reserva aos portugueses determinados direitos, não os estendendo a estrangeiros se o Estado da nacionalidade destes não fizer o mesmo no que toca a portugueses<sup>1452</sup>. Uma das cláusulas de reciprocidade que mais debate tem suscitado é a constante do n.º 2 do art. 14.º do Código Civil, que estipula: «Não são (...) reconhecidos aos estrangeiros os direitos que, sendo atribuídos pelo respectivo Estado aos seus nacionais, o não sejam aos portugueses em igualdade de circunstâncias».

A este respeito confrontam-se duas teses. Uma, onde se inserem JORGE MIRANDA<sup>1453</sup> e FERRER CORREIA<sup>1454</sup>, defende a não inconstitucionalidade das cláusulas de reciprocidade. Afirmam JORGE MIRANDA que elas resultam da própria lógica do princípio da equiparação, «o qual deverá jogar em ambas as direcções e não favorecer apenas os estrangeiros». Os autores invocam ainda um argumento por maioria de razão - se a CRP permite o mais - *i.e.*, a exclusão pura e simples de certos direitos dos estrangeiros, também deverá permitir o menos, *i.e.*, a equiparação em regime de reciprocidade<sup>1455</sup>. A tese da inconstitucionalidade conta com o

---

assegurara todas as garantias de defesa, consagrado no art. 32.º, n.º1 da CRP. Por fim, o Ac. n.º 208/04, de 24/03/2004, em que estava em causa a recusa de apoio judiciário com vista à propositura de ação laboral a uma cidadã titular de autorização de permanência, adquirida após a regularização do seu estatuto, pelo facto de a mesma não possuir uma autorização de residência *stricto sensu*.

<sup>1451</sup> Ac. n.º 296/2015, de 25/05/2015.

<sup>1452</sup> Para desenvolvimentos sobre esta questão, v. ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional...*, p. 273, MÁRIO TORRES, “O Estatuto Constitucional...”, p. 20 e ss. e JORGE PEREIRA DA SILVA, *Direitos de Cidadania...*, p. 51 e ss., JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo III, p. 154 e ss.

<sup>1453</sup> JORGE MIRANDA, *Manual...* Tomo III, p. 152.

<sup>1454</sup> A. FERRER CORREIA, *Lições...*, p. 78.

<sup>1455</sup> Foi essa também a posição da Procuradoria-Geral da República expressa no Parecer n.º 65/82, de 22/07/1982, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 325, abril de 1983, p. 294-308.

apoio de MÁRIO TORRES<sup>1456</sup> e JORGE PEREIRA DA SILVA<sup>1457</sup>, LUÍS DE LIMA PINHEIRO<sup>1458</sup>, CARLA AMADO GOMES & ANABELA COSTA LEÃO<sup>1459</sup>.

Também nós pendemos para a inconstitucionalidade da cláusula de reciprocidade geral constante do art. 14.º do Código Civil. E isto por vários motivos.

Desde logo, há que relembrar que as leis que reservem determinados direitos para os cidadãos portugueses (ou para certas categorias de estrangeiros) devem ser consideradas leis restritivas. Isso impõe, como se viu atrás, o respeito por vários limites. O respeito por esses limites não consente que se restrinjam certos direitos em princípio fruíveis por todos os estrangeiros através de argumentos *por maioria de razão*, como o dos autores que defendem que se a CRP «permite o mais, também deverá permitir o menos»<sup>1460</sup>. É a natureza limitada das restrições que nos faz pensar assim, e não tanto o argumento de MÁRIO TORRES, no sentido de que a CRP só permite duas atitudes no que toca ao reconhecimento de direitos a estrangeiros: ou a equiparação sem restrições, ou a reserva exclusiva aos nacionais da titularidade de certos direitos<sup>1461</sup>.

Seguidamente, as leis que preveem cláusulas de reciprocidade não respeitam outro limite que se impõe às leis restritivas emanadas no contexto do art. 15.º. Trata-se do princípio da igualdade, que impõe que qualquer distinção de tratamento entre estrangeiros e portugueses assente num fundamento bastante. Assim, as restrições aos direitos dos estrangeiros terão de ser estabelecidas para categorias bem delimitadas de direitos<sup>1462</sup>, que, pela sua específica natureza, justificam uma distinção de tratamento em função da nacionalidade. A isso acresce, como refere MÁRIO TORRES, que as cláusulas de reciprocidade estabelecem uma discriminação em função do território de origem, distinguindo assim o tratamento a conferir a cada estrangeiro em função de um motivo que o art. 13.º da CRP enumera como *suspeito*<sup>1463</sup>.

Alguns autores referem ainda que o princípio da reciprocidade se baseia num fundamento político, pelo que o art. 14.º do C.C., que prevê restrições à capacidade civil, entraria em contradição com o n.º 4 do art. 26.º, que dispõe que as restrições à capacidade civil não podem ter como fundamento motivos políticos<sup>1464</sup>.

Por fim, uma leitura das normas constitucionais de garantia dos direitos fundamentais à luz dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos seria desfavorável à aceitação do princípio da reciprocidade, já que a consagração do princípio da universalidade é independente de considerações ligadas a reciprocidade<sup>1465</sup>.

Refira-se ainda, com MÁRIO TORRES, que as cláusulas de reciprocidade se baseiam em conceções ultrapassadas do direito internacional, ligadas à responsabilização coletiva das

---

<sup>1456</sup> MÁRIO TORRES, “Prefácio...”, p. 20.

<sup>1457</sup> JORGE PEREIRA DA SILVA, *Direitos de Cidadania...*, p. 145.

<sup>1458</sup> LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, p. 209.

<sup>1459</sup> *A Condição de Imigrante...*, p. 39.

<sup>1460</sup> No mesmo sentido, ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional...*, p. 273 e MÁRIO TORRES, “Prefácio...”, p. 20.

<sup>1461</sup> MÁRIO TORRES, “Prefácio...”, p. 20.

<sup>1462</sup> No mesmo sentido, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, p. 210.

<sup>1463</sup> No mesmo sentido, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *idem*. V., em Itália, a mesma crítica em VALERIO ONIDA, “Lo statuto Costituzionale...”, p. 544.

<sup>1464</sup> Assim, JORGE PEREIRA DA SILVA, *Direitos de Cidadania...*, p. 52 e “Artigo 15.º...”, p. 280.

<sup>1465</sup> No mesmo sentido, T. ALEXANDER ALEINIKOFF, “International Legal Norms and Migration...”, p. 16 e GONÇALO SARAIVA MATIAS, *Migrações e Cidadania...*, p. 37.

pessoas pelo facto de possuírem uma determinada nacionalidade<sup>1466</sup>. Neste ponto são ilustrativas as palavras de ISABEL MAGALHÃES COLLAÇO, no sentido de que, mais do que cláusulas de reciprocidade, estas disposições consagram verdadeiras cláusulas de retaliação<sup>1467</sup>.

Mas mais. Como refere JORGE PEREIRA DA SILVA, embora no contexto do reconhecimento de direitos políticos, mas em termos que nos parecem perfeitamente transponíveis para este debate, estas cláusulas acabam por provocar situações de injustiça grave. Desde logo, privam os apátridas de proteção. Na mesma situação estão as pessoas que imigram porque, precisamente, os seus Estados não garantem os direitos em causa, não os podendo gozar nem no Estado de origem, nem no Estado de acolhimento<sup>1468</sup>.

Aliás, vários autores têm invocado uma evolução do direito internacional, mesmo no que respeita aos tradicionais tratados baseados no princípio da reciprocidade, precisamente no sentido do *abandono das cláusulas de reciprocidade*. Tem-se defendido, desde logo, uma nova leitura do n.º 5 do art. 60.º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados no sentido de as mesmas não se aplicarem às disposições relativas à proteção da pessoa humana<sup>1469</sup>.

Não obstante, o TC absteve-se de emitir qualquer juízo de inconstitucionalidade sobre algumas cláusulas de reciprocidade, referindo que as mesmas, «além de constituir[em] um importante instrumento de política externa, pode[m] ser perfeitamente justificáve[is], em certos casos, para que a estrangeiros não residentes sejam reconhecidos determinados direitos»<sup>1470</sup>.

Diga-se, de resto, que a problemática das cláusulas de reciprocidade apenas se coloca no que respeita aos direitos civis, já que, em relação aos direitos políticos, é a própria CRP a sujeitá-los ao princípio da reciprocidade. Mas não se diga, como fazem alguns autores, que isso significa que a CRP consagra um princípio da reciprocidade<sup>1471</sup>. De facto, nestes casos, trata-se de direitos que, à partida *não são reconhecidos* a estrangeiros, e em que é a própria CRP a permitir a sua extensão excecional em condições de reciprocidade<sup>1472</sup>. Situação diversa é admitir a sua validade em relação a direitos *em princípio fruíveis* por todos os estrangeiros. Como refere ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, o princípio da reciprocidade será apenas legítimo, pois, enquanto discriminação positiva<sup>1473</sup>.

Em conclusão, concordamos com os autores que referem que este tipo de cláusulas cria uma restrição ao princípio da equiparação que viola o princípio constitucional da igualdade, por levar a cabo uma discriminação entre estrangeiros em função do território de origem. Por outro lado, pela sua extensão, que abarca todos os direitos civis, constitui uma descaracterização do próprio princípio da equiparação<sup>1474</sup>.

---

<sup>1466</sup> MÁRIO TORRES, “Os Direitos dos Imigrantes...”, p. 62. Assim, também ANTÓNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE refere como uma das características da evolução do Direito Internacional Público a erosão do princípio da reciprocidade. Cf. *O Direito Internacional...*, p. 1035.

<sup>1467</sup> ISABEL MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito Internacional Privado...*, p. 125 e ss.

<sup>1468</sup> JORGE PEREIRA DA SILVA, “Artigo 15.º...”, p. 283.

<sup>1469</sup> Assim, *inter alia*, ROGER PINTO, “L’application du principe de réciprocité...”, p. 83 e ss.

<sup>1470</sup> Ac. n.º 433/2003, de 29/09/2003.

<sup>1471</sup> A. FERRER CORREIA, *Lições...*, p. 78, JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo III, p. 156.

<sup>1472</sup> MÁRIO TORRES, “Os Direitos dos Imigrantes...”, p. 61.

<sup>1473</sup> ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional...*, p. 273.

<sup>1474</sup> Assim, também ALEXANDRA CHÍCHARRO DAS NEVES, *Os Direitos do Estrangeiro...*, p. 130.

- *Outras experiências constitucionais*

Outras jurisdições constitucionais também já tiveram oportunidade de se pronunciar sobre esta questão. Ora, se também não julgaram as cláusulas de reciprocidade, *a se*, como inconstitucionais, a verdade é que apontam também para uma progressiva superação das mesmas.

i) *Itália*

O Tribunal Constitucional italiano considerou que, em abstrato, as cláusulas de reciprocidade podem ser legítimas, mas com limites, não podendo intervir em relação aos direitos considerados imprescindíveis para a dignidade da pessoa humana<sup>1475</sup>.

Alguma doutrina pronuncia-se, contudo, no sentido de essas cláusulas se encontrarem, na prática, «superadas», devido à contradição das mesmas com os princípios garantísticos constantes da Constituição<sup>1476</sup>.

ii) *França*

Por seu turno, o *Conseil Constitutionnel*, nas *Décisions* n.º 86-126 DC, de 30/12/1980 e de n.º 81-130 DC, de 30/10/1981 considerou que o princípio da reciprocidade não tinha fundamento constitucional. No entanto, não chegou a julgá-lo, em si, inconstitucional. Ainda assim, alguma doutrina faz essa leitura dessas decisões<sup>1477</sup>. Em vários casos que se seguiram, e em que estava em causa a apreciação de leis que deixavam de fora a proteção de estrangeiros por força do princípio da reciprocidade, o *Conseil Constitutionnel* decidiu com base no princípio da igualdade, tendo em conta sempre o direito em causa no caso concreto. Assim, a já referida *Décision* n.º 89-289 DC, de 22/01/1990, que «proclamou um princípio de igualdade entre estrangeiros e franceses em matéria de prestações sociais», afastando assim a aplicação do princípio da reciprocidade<sup>1478</sup>.

---

<sup>1475</sup> Assim, a *Sentenza* n.º 11 de 1968. V. PAOLO PASSAGLIA, & ROBERTO ROMBOLI, “La condizione giuridica...”, p. 52, CORTE COSTITUZIONALE, *La Condizione Giuridica dello Straniero Extracomunitario...*, p. 17.

<sup>1476</sup> FRANCESCO CERRONE, “Identità civica...”, p. 462, EMANUELE ROSSI, “I diritti fondamentali...”, p. 122, VALERIO ONIDA, “Lo statuto Costituzionale...”, p. 543 e ss.

<sup>1477</sup> JUSTIN KISSANGOULA, *La Constitution Française...*, p. 211.

<sup>1478</sup> *Idem*, p. 219.

## CAPÍTULO IV

### O ESTRANGEIRO COMO SUJEITO DE DIREITOS E A DOCTRINA TRADICIONAL

O estrangeiro é atualmente reconhecido como sujeito de direitos pelas fontes de direito estudadas, por força da consagração nas mesmas de princípios como o da universalidade, da não discriminação ou da equiparação. Este é o pressuposto essencial que nos permitirá partir para a superação da doutrina tradicional, assente na afirmação de que os direitos humanos assim reconhecidos aos estrangeiros consubstanciam limites ao exercício do *ius includendi et excludendi*.

No entanto, não se julgue que o contributo dado pelo reconhecimento dos direitos humanos dos estrangeiros para a superação da doutrina tradicional foi logo assumido. É que, como se viu na Parte I, os mesmos instrumentos que consagram os princípios da universalidade e da não discriminação em matéria de direitos humanos, excluem os estrangeiros da titularidade de um direito à imigração, reservando os direitos de livre relação com o território estadual apenas aos cidadãos nacionais. Esse facto fez surgir algumas orientações que apontavam no sentido de que, assim sendo, os Estados não estavam vinculados a reconhecer quaisquer direitos humanos aos estrangeiros que se apresentassem perante os respetivos órgãos como pessoas *em processo de imigração* – principalmente quando pretendessem entrar no território. Enfim, surgiu uma tendência para não se encarar o estrangeiro como sujeito de direitos no contexto do exercício do *ius includendi et excludendi*.

Iremos expor esse entendimento - assumido, em alguns casos, e implícito, noutros -, no ponto 1. Seguidamente, iremos expor a nossa posição, que parte da ideia de *continuidade* da compreensão do estrangeiro como sujeito de direitos, independentemente do contexto em que atue, *i.e.*, dentro ou fora do processo de imigração.

#### 1. O NÃO RECONHECIMENTO DO ESTRANGEIRO COMO SUJEITO DE DIREITOS NO CONTEXTO DO EXERCÍCIO DO *IUS INCLUDENDI ET EXCLUDENDI*

A consagração da doutrina tradicional nas várias fontes de direito analisadas na Parte I – ainda que pela via da omissão - levou, por vezes, ao entendimento de que, pelo facto de o estrangeiro não ser titular de *um direito geral a entrar ou a permanecer no território*, seria desprovido de *quaisquer outros direitos* uma vez atuando em processo de imigração. No exercício do *ius includendi et excludendi* o Estado estaria, assim, livre para atuar discricionariamente, não tendo de respeitar os direitos reconhecidos a estrangeiros nos demais contextos. Esta conceção foi levada às últimas consequências no que toca à entrada de estrangeiros no território<sup>1479</sup>. Neste contexto veja-se, por exemplo, o entendimento de KAY HAILBRONNER que retira, como consequência da falta de proteção de um direito de entrada no território dos Estados-

---

<sup>1479</sup> No que toca à permanência de estrangeiros, alguns dos instrumentos de proteção dos direitos humanos já consagram alguns direitos adjetivos em processo de expulsão, como se verá *infra* na Parte IV. Por outro lado, os Estados têm demonstrado maior abertura em reconhecer direitos em contexto de permanência no território, pelo menos no que toca a estrangeiros que tenham sido admitidos a entrar no território e aí permaneçam legalmente.

Membros aos nacionais de países terceiros, a inexistência de direitos procedimentais em relação a um pedido de entrada, como o direito a obter fundamentação por escrito das razões que fundaram a recusa do mesmo<sup>1480</sup>.

Para se justificar o não reconhecimento de direitos aos estrangeiros nesse contexto, alguma doutrina defendia, alicerçada numa separação entre dois momentos, que os Estados não estão obrigados a reconhecer e proteger os direitos dos estrangeiros em processo migratório, e *apenas após a admissão do estrangeiro no território* - que seria feita de forma inteiramente livre -, é que ficariam adstritos a respeitar os direitos fundamentais dos estrangeiros nos termos acabados de analisar nesta Parte II<sup>1481</sup>.

A separação entre estes dois momentos teve a sua máxima expressão na jurisprudência da *Supreme Court* dos EUA no âmbito do desenvolvimento da *plenary power doctrine*, estudada na Parte I, em que a resistência em se reconhecer e proteger os direitos fundamentais dos estrangeiros em processo migratório contrastava com a demais jurisprudência da *Supreme Court*, a qual, como fomos dando conta, protegia os estrangeiros que se encontrassem no território<sup>1482</sup>. O caso *Plasencia* é particularmente ilustrativo, tendo a *Supreme Court* afirmado que um estrangeiro que pedia uma autorização de residência solicitava um *privilegio*, não possuindo nenhum direito constitucional em relação à sua pretensão, já que o poder de admitir e excluir estrangeiros constituía uma prerrogativa soberana. Não obstante, uma vez obtida autorização de entrada no país, o seu estatuto constitucional sofria uma alteração, passando o mesmo, pois, a ser tido como sujeito de direitos<sup>1483</sup>. O contencioso da imigração era, assim, considerado um assunto subtraído aos princípios constitucionais. Fora desse contexto, os direitos constitucionais, como o da 4ª Emenda, deviam ser plenamente reconhecidos aos estrangeiros.

A distinção no que toca aos direitos (e princípios) aplicáveis aos estrangeiros, consoante o contexto em que os reivindicassem foi sendo aceite por vários autores<sup>1484</sup>. Começou a ser tida como pacífica a ideia de que os Estados não têm obrigação de admitir a entrada de estrangeiros no território, mas, uma vez decidindo admiti-los, têm de respeitar os direitos fundamentais dos mesmos, por força do princípio da universalidade ou da igualdade. *A contrario*, esta asserção era compreendida no sentido de que, antes de os admitirem, os Estados não estavam vinculados a respeitar os referidos direitos. Apenas a partir do momento em que aceitassem a entrada de estrangeiros no seu território - e, para alguns autores, apenas quando a permanência dos estrangeiros no território se encontrasse pacífica -, estariam os Estados obrigados a garantir os direitos humanos dos estrangeiros<sup>1485</sup>. *I.e.*, o exercício do *ius includendi et excludendi* seria imune à necessidade de respeito pelos direitos humanos do estrangeiro. Nesse contexto, é ilustrativa a seguinte passagem da obra de A. LESTER e G. BINDMAN, que demonstra bem a “separação” entre os dois momentos referidos: *«the law (...)*

---

<sup>1480</sup> KAY HAILBRONNER, *Immigration and Asylum...*, p. 158.

<sup>1481</sup> ROBERT KOGOD GOLDMAN & SCOTT MARTIN, “International Legal Standards...”, p. 308.

<sup>1482</sup> ALEXANDER ALEINIKOFF, “Citizens, Aliens...”, p. 18, GERALD L. NEUMAN, *Strangers to the Constitution...*, p. 14.

<sup>1483</sup> *Landon c. Plasencia*, 459 U.S. 21 (1982).

<sup>1484</sup> RICHARD PLENDER, “Human Rights of Aliens...”, p. 40, ANNAÍCK FERNÁNDEZ LE GAL, “Los Derechos Fundamentales...”, p. 69, JEAN-FRANÇOIS FLAUSS, “L’Étranger, entre Souveraineté...”, p. 47.

<sup>1485</sup> Referindo esta divisão, GUY S. GOODWIN-GILL, *International Law...*, p. 22, J.L. BRIERLY, *Direito Internacional...*, p. 277, RICHARD LILLICH, *The Human Rights of Aliens...*, p. 119, ANDREW DRZEMCZEWSKI, “The Position of Aliens...”, p. 353, ANN DUMMET & ANDREW *Subjects, Citizens...*, p. 14, DAVID MARTIN, “The Authority...”, p. 32.

*has two faces. One confronts the stranger at the gate; the other is turned towards the stranger within*<sup>1486</sup>. No mesmo sentido, a distinção elaborada para estes efeitos por FLAUSS entre a condição do «*étranger accédant*» e a condição do «*étranger résidant*»<sup>1487</sup>.

O tratamento do estrangeiro seria, pois, subordinado a regras diferentes consoante o contexto em que o mesmo agisse. Se não estivesse em causa a sua relação com o território estadual, aplicar-se-iam plenamente todos os direitos de que o estrangeiro goza por força dos mencionados princípios da universalidade e da não discriminação. Se estivesse em causa a entrada, permanência ou estatuto legal no território, o Estado não era obrigado a reconhecer esses direitos.

Nesse seguimento, alguma doutrina refere-se a dois ramos do Direito sujeitos a princípios diferentes: o direito da imigração, por um lado, onde vigoraria a doutrina tradicional, e o direito dos estrangeiros, por outro, onde o estrangeiro seria plenamente considerado, através do princípio da universalidade e do princípio da proibição da discriminação, como sujeito de direitos humanos. STEPHEN LEGOMSKY desenvolve esta ideia, ao definir direito da imigração como o corpo de normas que regula a entrada e expulsão de estrangeiros, distinguindo-o das normas que, em geral, reconhecem direitos e obrigações a estrangeiros<sup>1488</sup>. Os princípios que regeriam um e outro seriam diferentes. No mesmo sentido, JANNEKE GERARDS refere a existência de uma distinção entre a «dimensão externa» do tratamento de não nacionais, que se encontra ligada ao controlo da imigração, e uma «dimensão interna», respeitante ao tratamento dos mesmos no interior do país<sup>1489</sup>.

Também entre nós a doutrina dá acolhimento ao entendimento de acordo com o qual o tratamento do estrangeiro está dividido entre dois momentos, consoante esteja em causa a sua entrada / permanência no território, onde atuaria plenamente o poder discricionário de *ius includendi et excludendi*; ou exista uma relação pacífica com esse território, onde atuariam na sua plenitude os direitos humanos da titularidade do estrangeiro. Assim, RUI MOURA RAMOS refere que «se é pacífico que o reconhecimento da personalidade jurídica do E[strangeiro] constitui hoje um princípio do direito internacional geral, é por outro lado admitido também que esta ordem jurídica não pode nem impor aos Estados a abertura do seu território aos estrangeiros nem impedi-los quer de limitar, pela forma que considerassem conveniente, a permanência destes naquele, quer de ordenar a sua saída (...). Mas quando um Estado admite um E[strangeiro] no seu território, não é de forma incondicionada que o pode submeter à sua jurisdição, não se encontra livre de lhe fazer aplicar, como queira, a sua ordem jurídica»<sup>1490</sup>. Em sentido semelhante, JORGE MIRANDA refere que «nenhum estrangeiro tem, à face da ordem internacional, direito de entrada no território de outro Estado (ao contrário do que sucede com os cidadãos deste); mas, uma vez admitido, fica o Estado adstrito a tratá-lo de modo justo (...)»<sup>1491</sup>. Estas várias construções parecem fazer

---

<sup>1486</sup> *Race and Law...*, p. 13. A frase era, neste contexto, escrita para discutir as diferenças de tratamento de estrangeiros consoante o contexto levadas a cabo pelos oficiais de imigração do Reino Unido.

<sup>1487</sup> JEAN-FRANÇOIS FLAUSS, «L'Étranger, entre Souveraineté...», p. 47.

<sup>1488</sup> STEPHEN LEGOMSKY, «Immigration Law...», p. 256.

<sup>1489</sup> JANNEKE GERARDS, «Discrimination Grounds»..., p. 66.

<sup>1490</sup> RUI MOURA RAMOS, «Estrangeiro...», p. 1218.

<sup>1491</sup> JORGE MIRANDA, *Manual...* Tomo III, p. 144 e, do mesmo autor, *Teoria do Estado...* p. 313. Note-se, no entanto, que o autor refere depois que não deve existir interdição de entrada de estrangeiros «que sejam cidadãos de Estado com o qual o Estado local mantenha relações pacíficas a não ser quando eles se proponham fins ilícitos ou o interesse público o não consinta».

supor, pois, que os Estados apenas estariam adstritos a reconhecer e respeitar os direitos dos estrangeiros após aceitarem a entrada dos estrangeiros no território.

A distinção do tratamento de estrangeiros consoante se trate ou não do contexto de imigração é ainda notória em alguns manuais de direito internacional privado. LUÍS DE LIMA PINHEIRO refere que «os Estados não são obrigados a permitir a entrada de estrangeiros no seu território. Mas a partir do momento em que admitam a entrada de estrangeiros ficam obrigados não só ao mínimo de tutela imposto pelo direito internacional público geral mas também a assegurar os direitos consagrados nos instrumentos internacionais a que estejam vinculados»<sup>1492</sup>.

A ideia de divisão entre dois momentos estanques: antes da entrada no território (ou enquanto não exista uma relação pacificamente estabelecida com o mesmo), e depois da aceitação da entrada no território por parte das autoridades estaduais, seria a forma de conciliar a afirmação do *ius includendi et excludendi* e a falta de direitos de imigração *tout court*, com o reconhecimento do estrangeiro enquanto sujeito de direitos por força dos princípios da universalidade e da igualdade.

A leitura de certos instrumentos de proteção dos direitos humanos suporta este entendimento, muitas vezes devido à consagração de cláusulas exigidas pelos Estados, preocupados com o impacto que a assinatura dos mesmos poderia ter em relação à manutenção dos seus poderes de soberania no controlo da imigração. Assim, o Comentário n.º 15 sobre a posição dos estrangeiros face ao PIDCP refere que o Pacto não reconhece o direito de os estrangeiros entrarem ou residirem no território de um Estado, competindo a cada Estado decidir quem admite no mesmo. No entanto, *a partir do momento* em que os estrangeiros são admitidos a entrar no território do Estado-Parte, eles beneficiam dos direitos aí estabelecidos<sup>1493</sup>. O Comentário segue, pois, o entendimento da divisão do estatuto do estrangeiro consoante este tenha ou não sido admitido a entrar no território. Por seu turno, a Convenção das Nações Unidas para Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e Membros das suas Famílias repete várias vezes ao longo do texto que os direitos garantidos aos imigrantes em situação irregular não prejudicam o poder soberano dos Estados no que toca ao controlo da admissão de estrangeiros no território (art. 79.º).

Também entre nós, o Ac. n.º 232/2004 do TC referiu, como já se viu, que, em contexto de entrada de estrangeiros no território, «não há que convocar (...) o disposto no art. 15.º, n.º1 da Constituição, pois o princípio da equiparação aí previsto é circunscrito aos estrangeiros que se encontrem ou residam em território nacional – o que não é o caso daqueles que pretendam entrar em Portugal, mas que tal entrada lhe seja interdita; a esses aplicar-se-ão os *standards* mínimos de protecção conferidos pela ordem internacional»<sup>1494</sup>. O nosso Tribunal Constitucional sublinhou, pois, também a diferença dos princípios constitucionais aplicáveis consoante o estrangeiro já tivesse ou não sido admitido a entrar em território português.

Posição semelhante parece ser ainda a da Corte Costituzionale italiana. Refere FRANCO BILE: «*la condizione giuridica dello straniero può essere vista sotto due prospettive, secondo che esso sia considerato in sé, “come persona”, oppure nel contesto del fenómeno migratorio*»<sup>1495</sup>. Enquanto a condição

---

<sup>1492</sup> LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, p. 200.

<sup>1493</sup> Comentário Geral n.º 15, *The position of aliens under the Covenant*, de 30/09/1986.

<sup>1494</sup> Ac. n.º 232/2004, de 25/03/2004.

<sup>1495</sup> FRANCO BILE, *El Tribunal Constitucional...*, p. 1.



jurídica do estrangeiro «enquanto pessoa» seria regulada pela Constituição, já o seu tratamento «como imigrante» relevaria da lei e dos tratados internacionais<sup>1496</sup>.

A distinção entre o tratamento a aplicar aos estrangeiros que se encontrem em processo de imigração e os que possuem uma relação estável com o território veio implicar, enfim, que o tratamento dos estrangeiros em matéria de imigração fosse levado a cabo “fora do direito”, relevando exclusivamente do poder discricionário do Estado<sup>1497</sup>. Os eventuais direitos que ao estrangeiro poderiam ser reconhecidos constariam das leis de imigração ou estariam dependentes das práticas estaduais de controlo da imigração.

A regulação da imigração seria, assim, uma área do direito subtraída à necessidade de respeito pelos direitos humanos que apareciam incontestados em todos os demais domínios<sup>1498</sup>.

## 2. A NECESSIDADE DE RESPEITO PELOS DIREITOS DO ESTRANGEIRO NO EXERCÍCIO DO *IUS INCLUDENDI ET EXCLUDENDI*

O facto de os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos não reconhecerem um direito à imigração não significa aceitar que o estrangeiro, quando atua enquanto *imigrante*, seja privado dos direitos humanos ou os direitos fundamentais de que beneficia por força dos princípios da universalidade, da não discriminação, da igualdade e outros que foram estudados na presente Parte. Embora não se possa falar de direitos humanos ou de direitos fundamentais à imigração *proprio sensu*, sempre se tem de afirmar que os Estados estão *permanentemente* vinculados ao respeito de todos os direitos humanos e fundamentais de que o estrangeiro beneficia – mesmo no exercício do *ius includendi et excludendi*. E assim é porque o estrangeiro beneficia, por força do princípio da universalidade e não discriminação, e salvo menções expressas em contrário, de *todos* os demais direitos a que o Estado se vinculou. O Estado deve respeito a esses direitos sempre que tenha de tomar qualquer decisão de autoridade no âmbito da sua jurisdição. O que engloba, claro está, as decisões sobre pedidos de entrada no território feitos às autoridades estaduais, bem como as decisões sobre permanência de estrangeiros no território.

Isso significa, assim, que os referidos direitos se impõem como verdadeiras *limitações* ao exercício do *ius includendi et excludendi* afirmado na Parte I<sup>1499</sup>. Assim, tal como os demais poderes de soberania estaduais, também o *ius includendi et excludendi* se deve encontrar vinculado ao respeito pelos direitos humanos dos estrangeiros, quando estes se apresentam perante o Estado como *imigrantes*.

---

<sup>1496</sup> Um relatório da *Corte Costituzionale* refere que o não reconhecimento de direitos ao estrangeiro em contexto de entrada no território seria também justificada pelo contexto histórico da elaboração da Constituição, datada de 1946-47, em que o problema dos fluxos migratórios para Itália não se colocava, já que nessa época esse país era predominantemente um país de emigração. Assim, CORTE COSTITUZIONALE, *La Condizione Giuridica dello Straniero Extracomunitario...*, p. 10.

<sup>1497</sup> SYLVIE SAROLÉA, “La Souveraineté...”, p. 93.

<sup>1498</sup> Sobre este ponto, v. a dissertação de doutoramento de SYLVIE SAROLÉA. A autora expõe os vários mecanismos que a jurisprudência internacional tem usado para não aplicar ao contencioso da imigração os mesmos princípios que valem noutros domínios, tais como o uso de diferentes qualificações (direito *vs.* privilégio), a consideração da imigração como uma questão política, na qual os Estados teriam ampla margem de apreciação, entre outros. V. SYLVIE SAROLEA, *Droits de l'Homme...*, p. 365 e ss.

<sup>1499</sup> Assim, ALEJANDRO J. RODRÍGUEZ CARRIÓN, *Leciones de Derecho Internacional...*, p. 384.

O reconhecimento de que os direitos humanos podem consubstanciar um limite ao exercício do *ius includendi et excludendi* começou a ser afirmado por vários organismos internacionais. Assim, a antiga ComEDH sublinhou cedo que, em casos relativos ao exercício do *ius includendi et excludendi*, os Estados tinham aceitado restringir o exercício dos poderes de soberania que lhes são reconhecidos pelo direito internacional geral por virtude da assinatura da CEDH<sup>1500</sup>. Os órgãos de garantia da CEDH atuaram, de resto, como um verdadeiro motor na afirmação da necessidade de respeito por todos os direitos humanos dos indivíduos quando está em causa o exercício do *ius includendi et excludendi*, como se verá na Parte III. O entendimento dos mesmos influenciou decisivamente outros organismos internacionais. Nesse sentido é paradigmática a afirmação do Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia em 1995: «*Ce serait une parodie du droit et une trahison du besoin universel de justice si le concept de la souveraineté de l'État pouvait être soulevé avec succès à l'encontre des droits de l'homme. Les frontières ne devraient pas être considérées comme un bouclier contre l'application de la loi et comme une protection pour ceux qui foulent aux pieds les droits les plus élémentaires de l'humanité*»<sup>1501</sup>.

Assim, apesar das resistências que demos conta, e da artificiosa separação da necessidade de respeito pelos direitos humanos dos estrangeiros em dois momentos, hoje já se encontra generalizado o entendimento de que o exercício do *ius includendi et excludendi* se encontra limitado pela necessidade de respeito pelos direitos humanos do estrangeiro. Alguns autores referem inclusivamente que o não reconhecimento de direitos aos estrangeiros com fundamento no *ius includendi et excludendi* é «resto de uma cultura jurídica e política passada»<sup>1502</sup> ou um «argumento não jurídico», que se prendem com a noção de soberania e que, por isso, não deveriam sobrepor-se a considerações ligadas à proteção dos direitos do estrangeiro<sup>1503</sup>. Assim, a abordagem mais generalizada é a da aceitação de que os direitos humanos devem funcionar como *limite ao ius includendi et excludendi*.

Vários autores têm enumerado os vários tipos de limites que derivariam do reconhecimento de direitos humanos dos estrangeiros para o exercício do *ius includendi et excludendi*. Vejamos alguns exemplos. GUY S. GOODWIN-GILL refere que os limites que os Estados teriam de respeitar no exercício desses poderes de soberania seriam de três tipos: os que derivam de tratados bilaterais, os que derivam de obrigações com base em tratados regionais ou multilaterais e, finalmente, obrigações universais, com efeito *erga omnes*<sup>1504</sup>. Para além de o poder de expulsar se ter de fundamentar em motivos legítimos, seria necessário ter-se em consideração os interesses do indivíduo, incluindo os seus laços, como por exemplo os laços familiares existentes no território e demais expectativas legítimas, que devem ser pesados em relação à preservação da ordem pública. Finalmente, a decisão deveria ser tomada de acordo com a lei e o estrangeiro deveria poder dispor de vários mecanismos para recorrer da decisão<sup>1505</sup>.

BRUNO NASCIMBENE, por seu turno, afirma a existência de limites no que toca, desde logo, ao procedimento conducente à aplicação de medidas de expulsão. Esses limites

<sup>1500</sup> Dec. de 30/09/1974, *X c. RFA*, queixa n.º 6315/73. V. ainda FRÉDÉRIC SUDRE, *Droit Européen...*, p. 593 e ss.

<sup>1501</sup> Dec. de 02/10/1995, *Chambre d'Appel, Procureur c. Dusko Tadic*, queixa n.º IT-94-1.

<sup>1502</sup> GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos Fundamentales...*, p. 433.

<sup>1503</sup> Cf. CHARLES P. GOMES, “Les Limites de la Souveraineté...”, p. 426.

<sup>1504</sup> GUY S. GOODWIN-GILL, *International Law...*, p. 21.

<sup>1505</sup> *Idem*, p. 308.

traduzir-se-iam na necessidade de previsão de garantias procedimentais<sup>1506</sup>. Por outro lado, a expulsão não poderia consubstanciar um tratamento desumano nem comportar a perda automática dos bens do estrangeiro<sup>1507</sup>. Também RICHARD PERRUCHOUD, sublinhando que o *ius includendi et excludendi* não pode ser tido como absoluto, aponta vários limites ao mesmo. Por um lado, a expulsão teria de ser levada a cabo de forma não vexatória nem violenta. O estrangeiro deveria dispor de um tempo razoável entre a ordem de expulsão e a partida efetiva, e não ser privado dos seus direitos adquiridos. Por fim, deveria poder escolher livremente o país de destino<sup>1508</sup>.

As regras de direito internacional relativas à admissão de imigrantes elaboradas pela Sociedade Americana de Direito Internacional referem que a discricionariedade dos Estados no exercício do *ius includendi et excludendi* é limitada sobretudo pelos princípios de direito internacional geralmente aceites, derivados do direito internacional dos direitos humanos<sup>1509</sup>. No que toca especificamente às expulsões, reconhece-se que elas são uma medida essencial para a autopreservação dos Estados, mas que devem ser exercidas em conformidade com os princípios gerais de direito internacional, dos quais ressaltam especialmente os direitos humanos, quer substantivos quer procedimentais.

Apesar de se referirem mais detalhadamente às decisões de expulsão, resulta dos escritos de vários autores a aceitação de que o exercício do *ius includendi et excludendi* teria de ser limitado pela necessidade de respeitar os direitos humanos dos estrangeiros. A formulação de STEVE PEERS é, neste contexto, bastante interessante. O autor refere: «*the issue of border control has become a pivotal battleground between, on the one hand, States' desire to retain discretion over control of their borders as a key aspect of their sovereignty, and, on the other hand, the need to ensure effective protection of rights and liberties*»<sup>1510</sup>.

Passando os direitos humanos dos estrangeiros a constituir o *contraponto* das prerrogativas soberanas do *ius includendi et excludendi*, a dicotomia *soberania estadual vs. direitos humanos* passou a ser considerada como o verdadeiro problema subjacente às migrações internacionais. Assim, por exemplo, no contexto dos debates relativos ao desenvolvimento do ELSJ da UE, para além da ponderação entre a *integração europeia* e a *manutenção de redutos de soberania estadual*, passou também a ser incontornável o debate entre o *desenvolvimento desse ELSJ* e a *proteção dos direitos individuais* – em particular dos nacionais de países terceiros<sup>1511</sup>.

O reconhecimento da necessidade de proteção dos direitos humanos do estrangeiro em processo de imigração implica, enfim, que, ao decidir da entrada ou da expulsão de um estrangeiro do seu território, o Estado esteja, *também aí*, vinculado a respeitar esses direitos.

---

<sup>1506</sup> Em particular, o estrangeiro teria o direito de dispor de meios de defesa, a conhecer os motivos da expulsão e a ter um certo período de tempo para abandonar voluntariamente o país. O Estado estaria ainda obrigado a usar o meio menos coercivo possível para aplicar a medida de expulsão.

<sup>1507</sup> BRUNO NASCIMBENE, *Il Trattamento dello Straniero...*, p. 256 e ss.

<sup>1508</sup> RICHARD PERRUCHOUD, “L’Expulsion en Masse...”, p. 679.

<sup>1509</sup> AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, *The Movement of Persons...*, p. 6.

<sup>1510</sup> STEVE PEERS, *EU Justice and Home Affairs...*, p. 136. V. ainda, neste contexto, a formulação de HELEN TONER: «*Some suggest that migrants are increasingly able to bypass state sovereignty to claim rights on the basis of supranational norms rooted in human rights and universal personhood*». HELEN TONER, “Immigration Law and Family Life...”, p. 198.

<sup>1511</sup> De facto, o contexto da integração europeia assume-se neste quadro como um “duplo conflito”: o conflito entre a integração e o interesse estadual de manutenção das prerrogativas de *ius includendi et excludendi* e o conflito entre o interesse individual do nacional do país terceiro em entrar / permanecer no território dos Estados-Membros e a eventual proteção normativa que pode reclamar para esse desiderato das normas europeias. Dando conta destes vários *conflitos* no contexto da liberdade de circulação dos cidadãos da UE, v. MARIA LUÍSA DUARTE, *A Liberdade de circulação...*, p. 15 e JACQUELINE MONTAIN-DOMENACH, *L’Europe de la Sécurité...*, p. 11.

Isso implica, em particular, que o mesmo tenha sempre de analisar os possíveis efeitos que dessa decisão possam advir para os direitos do estrangeiro. Tais direitos podem, inclusivamente, requerer para a sua proteção medidas tais que impliquem o reconhecimento de *verdadeiros direitos humanos (e fundamentais) de imigração*. É sobre esse ponto que versará a Parte III, destinada a estudar os casos em que isso pode ocorrer.

### **PARTE III**

## **A PROTEÇÃO DERIVADA DE DIREITOS DE IMIGRAÇÃO: CASOS E DOUTRINA GERAL**

O reconhecimento do estrangeiro enquanto sujeito de direitos, levado a cabo pelas várias fontes de direito que constituem o objeto analítico da presente dissertação, através da afirmação transversal de princípios como o da universalidade, da proibição da discriminação ou da igualdade, aliado à obrigação de os Estados respeitarem todos os direitos humanos nas situações abrangidas pela sua jurisdição, veio implicar a afirmação de limites ao exercício das prerrogativas clássicas de *ius includendi et excludendi*.

O Estado está vinculado a respeitar os direitos humanos do estrangeiro no exercício de todos os seus poderes de soberania, incluindo os de controlo da imigração. E isso pode implicar que só possa exercer o *ius includendi et excludendi* se não violar qualquer direito humano do estrangeiro. Ora, por vezes, a necessidade de respeito pleno pelos direitos humanos do estrangeiro reclama que o Estado lhe tenha de permitir a entrada, a permanência ou a aquisição de um estatuto legal no território, sob pena de, precisamente, ao não fazê-lo, desrespeitar determinados direitos do estrangeiro. Por outras palavras, os Estados têm, por vezes, de reconhecer verdadeiros *direitos de imigração*.

Mas se, como vimos, o estrangeiro não beneficia de uma liberdade geral de acesso ao território, e, portanto, de um direito à imigração *tout court*, de que forma se poderão reconhecer esses *direitos de imigração*?

O reconhecimento de tais direitos processar-se-á através do mecanismo de *proteção derivada*, i.e., através da proteção de *outros direitos* fundamentais que são reconhecidos ao estrangeiro, e cujo respeito pleno exige a entrada, permanência ou aquisição de estatuto legal no território. É esse mecanismo de proteção que se analisará na presente Parte III.

No Capítulo I faremos uma aproximação ao conceito de *proteção derivada*, bem como um estudo dos princípios interpretativos que permitiram os desenvolvimentos desse mecanismo de proteção de direitos. No Capítulo II, estudaremos os vários casos em que as fontes de direito pertinentes têm afirmado a necessidade de reconhecimento derivado de direitos humanos de imigração. Finalmente, no Capítulo III ensaiaremos uma doutrina geral sobre a proteção derivada desses direitos fundamentais de imigração.

## CAPÍTULO I

### CONCEITO DE PROTEÇÃO DERIVADA

#### 1. APROXIMAÇÃO AO CONCEITO DE PROTEÇÃO DERIVADA DE DIREITOS DE IMIGRAÇÃO

Na regulação e decisão acerca da entrada de imigrantes nos seus territórios, os Estados estão vinculados ao respeito pelos direitos humanos dos imigrantes que, assim, podem constituir um limite ao exercício do *ius includendi et excludendi*. Ora, se não se pode ainda falar do reconhecimento de um direito à imigração *em geral*, a verdade é que algumas faculdades desse direito podem ser protegidas através da garantia de *outros* direitos humanos que ao estrangeiro são reconhecidos por força dos princípios explanados na Parte II.

Tomemos como exemplo o facto de a recusa de admissão ou a expulsão de um estrangeiro do território acarretar a violação de um direito humano de que o mesmo beneficia. Por exemplo, a expulsão implica a separação do estrangeiro dos membros da sua família. O Estado, que está vinculado a respeitar o direito à unidade familiar do estrangeiro, poderá ter o dever de aceitar a permanência do estrangeiro no seu território, sob pena de, ao expulsá-lo, incorrer na violação do direito à unidade familiar, de que o estrangeiro, independentemente do seu estatuto, beneficia, por força do princípio da universalidade e da não discriminação, expostos na Parte II.

O estrangeiro terá assim um direito de imigração, não por possuir esse direito de forma geral, mas porque lhe é reconhecido um *outro direito fundamental* – no exemplo, o direito à unidade familiar – que, para ser adequadamente exercido, necessita do reconhecimento do direito à permanência no território. Um direito de imigração (no caso, o direito à permanência no território) aparece, assim, como instrumental daquele primeiro, como um *meio necessário* para o estrangeiro exercer o direito à unidade familiar.

Por esta via – através da proteção de um direito fundamental *garantido* ao estrangeiro – protege-se um direito de imigração, que, à partida, *não lhe era garantido*. Este mecanismo consiste, precisamente, naquilo que designamos por “proteção derivada” de um direito de imigração, que na terminologia francófona, se apelida de “*protection par ricochet*”<sup>1512</sup>, e na castelhana, “*protección de rebote*”<sup>1513</sup>.

Para compreender melhor esta via de proteção de direitos de imigração, importa analisar de que forma se desenvolveu, em geral, a proteção derivada de direitos fundamentais – que não é exclusiva do contexto relativo aos direitos de imigração. Neste aspeto, a jurisprudência dos órgãos de garantia da CEDH afigura-se bastante desenvolvida, pelo que ocupará o lugar central da nossa análise. Não deixaremos de referir a jurisprudência de outros organismos internacionais, embora seja bastante mais limitada em diversos aspetos<sup>1514</sup>.

---

<sup>1512</sup> VINCENT CHÉTAIL, “Migration...”, p. 75, FRÉDÉRIC SUDRE, *Droit Européen...*, p.593. Note-se, contudo, que este último autor prefere referir-se, por vezes, a «direitos indiretos derivados». Cf. *Droit Européen...*, p. 253, 263.

<sup>1513</sup> MAX ADAM ROMERO, “El Derecho a la Familia...”, p. 111.

<sup>1514</sup> De facto, a jurisprudência dos demais organismos internacionais não se afigura tão relevante, quer devido aos poderes mais reduzidos desses organismos, quer mesmo no que toca à substância das decisões, trazendo poucas inovações em relação à jurisprudência dos órgãos de garantia da CEDH. Assim, também, JENS

## 2. OS PRINCÍPIOS INTERPRETATIVOS SUBJACENTES À “PROTEÇÃO DERIVADA”

A proteção derivada de direitos humanos é um *resultado interpretativo* ao qual é possível chegar através do recurso a determinados métodos de interpretação das normas consagradoras de direitos humanos. Esses métodos interpretativos têm sido usados pelas diversas instâncias destinadas à salvaguarda do respeito pelos instrumentos de proteção dos direitos humanos. A jurisprudência dos órgãos de garantia da CEDH – a ComEDH, primeiro, e o TEDH, depois, - afigura-se paradigmática neste ponto, pelo que importa analisá-la em detalhe. Assim, caracterizaremos alguns métodos e princípios interpretativos usados por esses órgãos, que permitiram o desenvolvimento do mecanismo da proteção derivada, como a interpretação teleológica (2.1.), aliada ao princípio da eficácia da proteção dos direitos (2.2.), e a interpretação atualista (2.3.). Finalmente, veremos o resultado interpretativo decorrente destes vários elementos (2.4.) e sua aplicação à matéria de imigração (2.5.).

### 2.1. A INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA

A interpretação da CEDH, levada a cabo pelos respetivos órgãos de garantia, tem permitido grandes desenvolvimentos no que toca ao entendimento a dar aos direitos aí plasmados<sup>1515</sup>. Esses desenvolvimentos têm sido possíveis sobretudo devido à primazia dada ao elemento teleológico, já que estes órgãos têm sempre procurado interpretar os direitos garantidos à luz do *objetivo* da CEDH. Esse objetivo resulta do Preâmbulo da Convenção, que refere não só a “salvaguarda” mas ainda o “desenvolvimento” dos direitos humanos.

Assim, as instâncias de garantia da CEDH têm interpretado os direitos consagrados no texto convencional de forma a levar a cabo esse “desenvolvimento”. À interpretação direcionada ao *desenvolvimento dos direitos humanos* também não é alheia a especial natureza da Convenção, que não visa a defesa de interesses próprios dos Estados-Parte, mas sim um fim superior, que é o da realização efetiva dos direitos garantidos. Assim, a interpretação dos direitos convencionais tem sido dirigida a este desiderato, pelo que os órgãos da CEDH dão primazia *ao espírito* sobre a *letra da lei*<sup>1516</sup>.

---

VEDSTED-HANSEN, “Migration and the Right...”, p. 707. Sobre os métodos interpretativos usados pelos vários organismos internacionais v., ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Direito Internacional...*, p. 143 e 196 e ss.

<sup>1515</sup> Sobre os métodos interpretativos usados pelos órgãos de garantia da CEDH v., entre outros, W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, “Réflexions sur les méthodes d’interprétation...”, p. 130 e ss., F. MATSCHER, “Methods of Interpretation of the Convention...”, p. 63 e ss., HERIBERT GOLSONG, “Interpreting the European Convention...”, p. 147 e ss., FRANÇOIS RIGAUX, “Interprétation Consensuelle...”, p. 41 e ss., AA.VV., *L’interprétation de la Convention Européenne...*, OLIVIER JACQUOT-GUILLARMOD, “Règles, Méthodes et Principes d’Interprétation...”, p. 41 e ss., EDOUARD DUBOUT, “Interprétation Téléologique...”, p. 383 e ss.

<sup>1516</sup> JOHAN CALLEWAERT, “La Convention Européenne des Droits de l’Homme ...”, p. 98. Tal interpretação teleológica está, aliás, em consonância com o art. 31.º, n.º 1 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 23 de maio de 1969. Este entendimento foi expressamente sublinhado em matéria de direitos humanos dos estrangeiros. No caso *Soering*, o TEDH afirmou que a proibição de extradição de um estrangeiro para os EUA, onde seria sujeito ao corredor da morte, apesar de não ser expressamente proibida pelo art. 3.º da CEDH, iria ao encontro do *espírito* dessa norma. Cf. dec. de 07/07/1989, *Soering c. Reino Unido*, queixa n.º 14038/88.



## 2.2. O PRINCÍPIO DA EFICÁCIA DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS

Os órgãos de garantia da CEDH sublinharam desde cedo que a Convenção deve ser interpretada de forma a tornar *eficaz* a proteção dos direitos protegidos. Alguns autores referem que o objetivo de conferir ao sistema de proteção dos direitos garantidos pela CEDH uma verdadeira eficácia é uma «meta-regra essencial que governa a jurisprudência europeia»<sup>1517</sup>.

Os órgãos de garantia da CEDH têm entendido, assim, que a interpretação dos direitos humanos garantidos pela Convenção se deve dirigir principalmente à máxima efetividade dos mesmos, e não à limitação das obrigações dos Estados<sup>1518</sup>, já que uma interpretação restritiva dos direitos seria contrária ao objetivo e fim da CEDH. Sem essa efetividade, a CEDH mais não seria do que um instrumento com um interesse puramente teórico ou histórico. O Tribunal de Estrasburgo demarcou-se, assim, de outros organismos internacionais de proteção e fiscalização pelo respeito dos direitos humanos, que adotam posições de *self-restraint*, visando, com isso, conferir margem de atuação aos Estados.

Nesse sentido, o TEDH referiu que, muito embora se aplique à interpretação da CEDH as regras previstas na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, a interpretação desse instrumento normativo não se cinge às mesmas. E assim é porque a CEDH, diferentemente dos tratados *clássicos*, compreende mais do que simples obrigações recíprocas dos Estados-Parte, criando obrigações conjuntas e objetivas que beneficiam de uma garantia de efetividade<sup>1519</sup>. Neste seguimento, e para fazer face à alegação, por parte de alguns Estados, de que a Convenção criava simples obrigações *inter partes*, o TEDH desenvolveu a ideia de que CEDH constitui um instrumento «constitucional de ordem pública europeia».

Esta conceção – que podemos apelidar da *efetividade* dos direitos fundamentais<sup>1520</sup> - foi desenvolvida na decisão *Golder c. Reino Unido*<sup>1521</sup>, e seguida na decisão relativa ao caso *Airey*<sup>1522</sup>. Nestes casos, o TEDH enfatizou que o seu papel é proteger direitos, não teóricos ou ilusórios, mas concretos e efetivos, abrindo assim a porta para uma real e eficaz proteção dos direitos consagrados na CEDH.

A efetividade dos direitos fundamentais exige, desde logo, aquilo que alguns autores apelidam de princípio de «primazia do fundo em relação à forma»: na formulação de P. VAN DIJK & G. VAN HOOFF a proteção efetiva dos direitos garantidos significa que o TEDH se preocupa em olhar para lá das formalidades, focando-se na posição do indivíduo<sup>1523</sup>. Significa isso que a proteção dos direitos previstos na CEDH se opõe a que esta seja privada de efeitos

---

<sup>1517</sup> FRANÇOIS OST, “Originalité...”, p. 445.

<sup>1518</sup> Assim, a Dec. de 27/06/1978, *Wemhoff c. Alemanha*, queixa n.º 2122/64, onde se afirmou que os órgãos de garantia da CEDH procuravam realizar a interpretação mais adequada para atingir o fim e realizar o objeto da mesma, e não aquela que daria o entendimento mais limitado dos compromissos das partes.

<sup>1519</sup> Dec. de 18/01/1978, *Irlanda c. Reino Unido*, queixa n.º 5310/71.

<sup>1520</sup> P. VAN DIJK & G. VAN HOOFF falam ainda de princípio do efeito útil. Cf. *Theory and Practice...*, p. 74.

<sup>1521</sup> Dec. de 21/02/1975, *Golder c. Reino Unido*, queixa n.º 4451/70.

<sup>1522</sup> Dec. de 09/10/1979, *Airey c. Irlanda*, queixa n.º 6289/73. Neste caso o TEDH considerou, atento o circunstancialismo e a complexidade do caso, que o direito de acesso aos tribunais não é efetivamente protegido se não se garantir um direito inerente a representação por advogado ao recorrente, quando o mesmo não disponha de meios económicos para aceder a semelhante patrocínio. Sobre este ponto, v. EDOUARD DUBOUT, “Interprétation Téléologique...”, p. 405.

<sup>1523</sup> P. VAN DIJK & G. VAN HOOFF, *Theory and Practice...*, p. 74.

devido a razões puramente formais ou teóricas. Por outro lado, exige que se assegure aos indivíduos todas as condições indispensáveis ao gozo dos seus direitos.

O princípio da efetividade dos direitos manifesta-se ainda no que toca à interpretação das limitações aos direitos consagrados, no sentido de que as mesmas devem ser entendidas *restritivamente*<sup>1524</sup>, entendimento que é reforçado pela garantia ínsita no art. 18.º da CEDH, que dispõe que as restrições feitas nos termos da Convenção «só podem ser aplicadas para os fins que foram previstas». Alguns autores falam inclusivamente de uma teoria geral das restrições aos direitos garantidos pela CEDH<sup>1525</sup>, de acordo com a qual, quando se previsse uma limitação a um direito, tal limitação só seria admitida se fosse o menos restritiva possível<sup>1526</sup>.

O princípio da efetividade tem ainda outras manifestações, como a chamada «interpretação autónoma», que consiste no entendimento de que alguns conceitos plasmados na CEDH devem ser interpretados autonomamente pelos órgãos de garantia da Convenção, atenta a imprecisão dos termos convencionais e a homogeneidade conceptual existente nos direitos internos dos Estados contratantes<sup>1527</sup>.

Por fim, tal princípio tem levado a desenvolvimentos impressionantes. A teoria das *medidas positivas* é disso exemplo. De acordo com esta teoria, firmada pelo TEDH, a obrigação estadual de “respeitar” os direitos garantidos pela CEDH significa mais do que *reconhecer* ou *tomar em consideração* determinado direito<sup>1528</sup>. Mesmo os direitos que se encontrem redigidos como *proibindo ingerências* por parte do Estado, podem reclamar medidas *positivas* – quer materiais, quer legislativas – para a sua efetivação<sup>1529</sup>.

Por outro lado, a efetividade tem ainda levado o TEDH a afirmar que a proteção real dos direitos substanciais previstos na CEDH pode exigir obrigações procedimentais por parte dos Estados, destinados a efetivar as primeiras, o que será da maior importância para o tema da nossa dissertação, como se verá na Parte IV<sup>1530</sup>.

Tem sido também através do princípio da efetividade que o TEDH tem desenvolvido a “proteção derivada” de direitos não previstos expressamente no texto convencional. O TEDH considera que alguns direitos são “inerentes” a outros protegidos diretamente pela CEDH, precisamente por serem necessários para a *efetivação* do direito garantido.

---

<sup>1524</sup> Dec. 06/09/1978, *Klass e outros c. Alemanha*, queixa n.º 5029/71.

<sup>1525</sup> OLIVIER DE SCHUTTER & FRANÇOISE TULKENS, “Rights in Conflict...”, p. 188.

<sup>1526</sup> Esta perspetiva pressupõe, desde logo, o respeito pelo teste da necessidade, no sentido de que se deve averiguar se há outros meios menos restritivos e que permitam alcançar de igual forma o mesmo objetivo. Sobre esta perspetiva, v. de uma forma crítica, OLIVIER DE SCHUTTER & FRANÇOISE TULKENS, “Rights in Conflict...”, p. 190.

<sup>1527</sup> Cf. Dec. de 28/06/1978, *König c. Alemanha*, queixa n.º 6232/73 e dec. de 29/05/1986, *Feldbrugge c. Holanda*, queixa n.º 8562/79. Sobre este ponto, v. P. VAN DIJK & G. VAN HOOFF, *Theory and Practice...*, p. 77.

<sup>1528</sup> Dec. de 13/06/1979, *Marckx c. Bélgica*, queixa n.º 6833/74.

<sup>1529</sup> Sobre este ponto, v. FREDERIC SUDRE, “Les «Obligations Positives»...”, p. 365. O mesmo autor defende, noutra obra, que o desenvolvimento desta teoria está a fazer com que se ultrapasse a tradicional contraposição entre direitos negativos e direitos a prestações. Cf. *Droit Européen...*, p. 245. V. ainda PEGGY DUCOULOMBIER, “Conflicts Between Fundamental Rights...”, p. 229 e ss.

<sup>1530</sup> P. VAN DIJK & G. VAN HOOFF, *Theory and Practice...*, p. 75.

### 2.3. O PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO ATUALISTA

Para além do princípio da efetividade dos direitos, o princípio da interpretação atualista da Convenção tem também proporcionado o alargamento da proteção conferida pela CEDH a direitos que não faziam expressamente parte do catálogo.

Os órgãos de garantia da CEDH consideram que a manutenção da eficácia da Convenção supõe que o TEDH desenvolva a sua *atualidade*, visando conceder à CEDH um sentido adaptado às realidades contemporâneas<sup>1531</sup>. Neste contexto, é célebre a formulação feita pelo TEDH no sentido de que a CEDH «é um instrumento vivo que deve ser interpretado à luz das condições de vida actuais»<sup>1532</sup>. A ideia assim ilustrada vai, aliás, ao encontro da referência feita no preâmbulo da Convenção à finalidade de «desenvolvimento dos direitos do homem e das liberdades fundamentais». A interpretação atualista, ou, noutra terminologia, *evolutiva*, tem, aliás, afastado o relevo do recurso aos trabalhos preparatórios na interpretação das disposições da Convenção, tendo o TEDH afirmado que tais disposições não podiam ser interpretadas exclusivamente de acordo com as intenções dos seus autores expressadas em 1950<sup>1533</sup>.

Neste contexto é particularmente ilustrativo o caso *Marckx*, em que o TEDH considerou que a posição desfavorável das mães não casadas e dos filhos nascidos fora do casamento à luz da lei belga violava o respeito pela vida privada e familiar prevista no art. 8.º e a proibição de discriminação prevista no art. 14.º da CEDH. O TEDH reconheceu que, na época em que a CEDH foi redigida, era tida como geralmente aceite, no universo dos Estados signatários, a distinção entre “família legítima” e “família ilegítima”. No entanto, a maioria dos direitos internos desses Estados tinha evoluído nessa matéria, pelo que a referida distinção já não se podia continuar a ter como justificada.

Assim, a interpretação evolutiva tem também contribuído para elevar o nível de proteção oferecido pelo texto da CEDH<sup>1534</sup>, em particular, como se verá, em matérias referentes a domínios da vida em sociedade particularmente mutáveis, como o é, por exemplo, o do conceito de família.

### 2.4. O RESULTADO INTERPRETATIVO: PROTEÇÃO DERIVADA DE DIREITOS NÃO EXPRESSAMENTE RECONHECIDOS

Através dos princípios atrás enunciados, e que derivam de uma primazia dada ao elemento teleológico na interpretação dos direitos da CEDH, orientado ao “desenvolvimento” e máxima efetividade dos direitos humanos plasmados no texto convencional, os órgãos de garantia da CEDH chegaram ao resultado interpretativo da proteção derivada de direitos não expressamente mencionados na Convenção.

Este resultado consiste na proteção de direitos não expressamente garantidos pelo catálogo da CEDH (e que primitivamente não eram entendidos como fazendo parte da

---

<sup>1531</sup> FREDERIC SUDRE, “La «Construction» par le Juge Européen...”, p. 53.

<sup>1532</sup> O princípio foi afirmado, pela primeira vez, na dec. de 25/04/1978, *Tyrer c. Reino Unido*, queixa n.º 5856/72, e depois repetida na dec. de 13/06/1979, *Marckx c. Bélgica*, queixa n.º 6833/74.

<sup>1533</sup> V., entre outros, a dec. de 23/03/1995, *Loizidou c. Turquia*, queixa n.º 15318/89.

<sup>1534</sup> SØREN C. PREBENSEN, “Evolutive Interpretation...”, p. 1136.

mesma<sup>1535</sup>), mas que se afiguram como necessários para tornar efetivos os direitos aí expressos. Algumas formulações referem, como se viu *supra*, que, para que determinados direitos sejam *efetivamente* protegidos, é necessário o reconhecimento e proteção de direitos a eles «inerentes» ou «consubstanciais». Podemos referir-nos, neste contexto, a *direitos-meio* e a *direitos-fim*<sup>1536</sup>. Para se proteger eficazmente o direito *a*, que está expressamente protegido no texto (*direito-fim*), é necessário proteger o direito *b*, que não está mencionado no texto (*direito-meio*), mas que é reclamado para uma proteção eficaz do primeiro. O direito *b* é, assim, na terminologia do TEDH, um direito *inerente* ao primeiro, ou, como preferimos, um *direito-meio* do primeiro.

Ao afirmar que o direito não expresso é *inerente* ou *consubstancial* ao direito garantido, o TEDH entende que a proteção derivada não impõe propriamente aos Estados obrigações *novas*, mas deveres que resultam do desenvolvimento lógico de um direito inscrito na CEDH<sup>1537</sup>. Não obstante, alguns autores referem que o resultado interpretativo acaba por corresponder a um alargamento do âmbito de proteção do direito e à extensão do seu conteúdo<sup>1538</sup>. Assim, P. VAN DIJK & G. VAN HOOFF, falam, neste contexto, de «interpretação extensiva»<sup>1539</sup> e FREDERIC SUDRE, por seu turno, de «interpretação construtiva»<sup>1540</sup>. Outros autores referem que este efeito pode ser passível de críticas, uma vez que o TEDH estará, de certa forma, a alargar o seu papel de decisor e a ignorar os mecanismos previstos para alteração da CEDH<sup>1541</sup>. Nós consideramos que estas críticas não fazem sentido, uma vez que a proteção do direito derivado não visa proteger um direito novo, mas sim aquele que está mencionado no texto, embora através de *meios* não expressamente mencionados.

Esses meios, que correspondem ao *direito-meio*, implicam obrigações estaduais correspondentes. As mesmas podem consistir em obrigações negativas ou de não ingerência, ou em obrigações positivas, que reclamem atuações administrativas ou mesmo legislativas destinadas à proteção última do *direito-fim*.

O TEDH tem afirmado esta via de proteção de direitos fundamentais em vários domínios. É o caso do desenvolvimento de garantias procedimentais a partir da proteção dos direitos substantivos<sup>1542</sup>. Nesse contexto, o TEDH tem sancionado, através da violação de direitos substantivos (*direitos-fim*), o não respeito por direitos processuais não expressamente mencionados (*direitos-meio*), partindo do princípio que a proteção eficaz de um direito material passa obrigatoriamente pela existência de possibilidades procedimentais para o efetivar<sup>1543</sup>.

<sup>1535</sup> PATRICE ROLLAND, “Le Contrôle de l’opportunité...”, p. 1136

<sup>1536</sup> JACQUES FIALAIRE & ÉRIC MONDIELLI, *Droits Fondamentaux...*, p. 116.

<sup>1537</sup> D. SPIELMANN, “Obligations Positives...”, p. 369.

<sup>1538</sup> FREDERIC SUDRE, *Droit Européen...*, p. 242.

<sup>1539</sup> P. VAN DIJK & G. VAN HOOFF, *Theory and Practice...*, p. 75.

<sup>1540</sup> FREDERIC SUDRE, “La «Construction» par le Juge Européen...”, p. 17.

<sup>1541</sup> DANIEL THYM, “Respect for Private?...”, p. 104.

<sup>1542</sup> FREDERIC SUDRE, “La «Construction» par le Juge Européen...”, p. 40. Estudaremos algumas destas situações *infra*, na Parte IV, Capítulo I, ponto 2.4.1.

<sup>1543</sup> Sobre este ponto, v. CATHERINE TEITGEN-COLLY, “L’Éloignement des Étrangers...”, p.271.

## 2.5. A APLICAÇÃO DA CEDH EM MATÉRIA DE IMIGRAÇÃO

Apesar de a CEDH não conter nenhum normativo expresso sobre imigração, os respetivos órgãos de garantia desde cedo consideraram que este instrumento era aplicável no contexto das decisões estaduais de entrada e saída de estrangeiros do território. Note-se, contudo, que, num primeiro momento, a ComEDH, partindo da constatação de que a CEDH não consagrava um direito à imigração “enquanto tal”, não realizava qualquer conexão entre as decisões relativas à imigração e outros direitos garantidos<sup>1544</sup>. Limitava-se, então, a afirmar que a CEDH apenas garantia os direitos e liberdades definidos no seu Título I, e que o direito de estrangeiros a residir num território não figurava, enquanto tal, nessa lista<sup>1545</sup>. Inicialmente, pois, a entrada e permanência em território estrangeiro eram encaradas como matérias não protegidas convencionalmente<sup>1546</sup>.

A relação entre as decisões em matéria de imigração e a possibilidade de violação de direitos expressos foi, porém, levada a cabo logo em 1958, numa decisão em que a CEDH começou por afirmar a doutrina tradicional, reconhecendo o princípio de direito internacional de acordo com o qual os Estados são livres para controlar a imigração, mas em que concluiu que, ao terem assinado a CEDH, os mesmos se tinham comprometido a limitar os seus poderes soberanos, incluindo os direitos de controlo do acesso e permanência de estrangeiros no território<sup>1547</sup>. A partir de então, a ComEDH passou a referir sistematicamente que, apesar de a CEDH não consagrar um direito de entrada / permanência em território estrangeiro, as decisões tomadas pelos Estados-Parte nesse contexto podiam acarretar a violação de disposições convencionais. Foram várias as formulações adotadas no que respeita a este último ponto. Por exemplo, a ComEDH referiu que a expulsão de uma pessoa do Estado onde residem os seus familiares «pode levantar problemas em relação ao art. 8.º» (*«peut soulever / poser un problème au titre de l'article 8»*)<sup>1548</sup>, «pode levantar uma questão» (*«peut soulever une question», «may raise an issue»*)<sup>1549</sup>, «pode ser contrária» (*«peut être contraire», «may be contrary to article»*)<sup>1550</sup>, «pode atentar contra» (*«peut porter atteinte»*)<sup>1551</sup>, «pode ser equivalente a uma violação» (*«peut équivaloir à une violation»*)<sup>1552</sup> ou mesmo «pode levar a uma violação» dessa norma (*«peut importer violation», «might constitute a violation of article 8»*)<sup>1553</sup>.

No célebre caso *Abdulaziz*, que dizia respeito a várias decisões de indeferimento de pedidos de reagrupamento familiar deduzidos por mulheres imigrantes residentes no Reino Unido<sup>1554</sup>, este Estado alegou que a única disposição que fazia referência à matéria de imigração era o Protocolo n.º4, anexo à CEDH, do qual o Reino Unido não era parte, pelo que as decisões tomadas pelas suas autoridades em matéria de controlo da imigração não

<sup>1544</sup> Sobre este ponto, v. INES ARRIAGA IRABURU, *El Derecho a la Vida Familiar...*, p. 21 e ss. Cf. ainda, *supra*, Parte I, Capítulo III, ponto 1.5.

<sup>1545</sup> Dec. sobre a admissibilidade *X. c. Dinamarca*, queixa n.º 238/56.

<sup>1546</sup> INES ARRIAGA IRABURU, *El Derecho a la Vida Familiar...*, p. 31.

<sup>1547</sup> Dec. sobre a admissibilidade *X. c. Suécia*, queixa n.º 434/58.

<sup>1548</sup> Dec. 06/03/1982, *X. c. Reino Unido*, queixa n.º 9088/80.

<sup>1549</sup> Dec. de 02/05/1979, *Singh and Uppal c. Reino Unido*, queixa n.º 8244/78.

<sup>1550</sup> Dec. de 08/03/1985, *Berrehab e Koster c. Holanda*, queixa n.º 10730/84.

<sup>1551</sup> Dec. de 05/04/1994, *K.D. c. Suíça*, queixa n.º 22882/93.

<sup>1552</sup> Dec. de 15/12/1977, *X. c. República Federal da Alemanha*, queixa n.º 8041/77.

<sup>1553</sup> Dec. de 07/10/1976, *X e Y c. Suécia*, queixa n.º 7376/76.

<sup>1554</sup> Dec. de 28/05/1985, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali c. Reino Unido*, queixas n.º 9214/80; 9473/81; 9474/81.

podiam ser controladas pelo TEDH. Este órgão afirmou, no entanto, que a Convenção e os Protocolos deviam ser lidos como um todo, pelo que não era pelo facto de um Estado não ter ratificado parte da Convenção relativa a matéria de imigração que as demais partes da CEDH não seriam aplicáveis a essas matérias. Mais considerou que a decisão estadual de indeferimento de reagrupamento podia, de facto, levantar problemas face ao direito à vida familiar estabelecido no art. 8.º da CEDH.

Hoje é tido como pacífico que as prerrogativas soberanas do *ius includendi et excludendi* têm de ser exercidas pelos Estados nos limites da CEDH, podendo o TEDH oferecer a sua proteção aos estrangeiros que se sintam lesados em matéria de imigração, se estes conseguirem demonstrar que o Estado em causa violou um direito expressamente protegido por aquela. Através deste reconhecimento de que as decisões em matéria de imigração podem acarretar violações aos direitos expressamente garantidos pela CEDH, deu-se o último passo que permitiu aplicar a doutrina da proteção derivada ao contencioso da imigração e, assim, reconhecer direitos de imigração.

Em síntese, vários pressupostos permitiram o desenvolvimento da proteção derivada de direitos de imigração. Em primeiro lugar, os princípios da universalidade e da não discriminação, estudados na Parte II da presente dissertação, e que exigem que os direitos plasmados na CEDH beneficiem todos os indivíduos que se encontrem no território de um Estado signatário, seja qual for a sua nacionalidade ou estatuto legal<sup>1555</sup>. Em segundo lugar, os princípios interpretativos direcionados ao desenvolvimento e à proteção *efetiva* dos direitos protegidos, que podem levar ao reconhecimento de direitos que não são expressamente reconhecidos no catálogo, mas que se tornam necessários para tornar efetivos os primeiros. Em terceiro lugar, a consideração de que os Estados signatários, ao terem aderido à CEDH, aceitaram livremente restringir a sua soberania no respeito dos direitos aí consagrados, entre estes compreendido o poder de controlar a entrada e permanência de estrangeiros, na medida e no limite das obrigações assumidas na Convenção<sup>1556</sup>.

### 3. ELEMENTOS - TRAVÃO NA PROTEÇÃO DERIVADA DE DIREITOS DE IMIGRAÇÃO

O desenvolvimento da teoria da proteção derivada, aplicada a situações de imigração, não foi levado ao ponto de se considerar que basta o estrangeiro invocar a titularidade de um direito humano para o Estado de acolhimento ser obrigado a aceitar a sua entrada ou permanência no território.

E assim é porque, paralelamente à afirmação dos princípios destinados ao desenvolvimento dos direitos plasmados na CEDH, o TEDH tem lançado mão de outros princípios que acabam por proteger a soberania dos Estados-Parte, e que se podem qualificar como verdadeiros “elementos-travão” a uma proteção derivada de direitos de imigração. A jurisprudência do TEDH de reconhecimento e proteção derivada de direitos de imigração surge da conjugação entre as duas forças em presença: uma “aceleradora” em direção ao

---

<sup>1555</sup> Assim, também todos estes indivíduos poderão fazer queixas individuais ao órgão de garantia da CEDH – o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, cujas decisões são vinculativas para os Estados. Cf. art. 34.º e 46.º da CEDH, respetivamente.

<sup>1556</sup> Nas palavras da Comissão: “*A State which signs and ratifies the European Convention on Human Rights must be understood as agreeing to restrict the free exercise of its rights under general international law, including the right to control the entry and exit of foreigners to the extent and within the limits of the obligations which it has accepted under that Convention*” (Dec. sobre a admissibilidade X. c. Suécia, queixa n.º 434/58.).

reconhecimento desses direitos, e uma “travão”, em direção à proteção das soberanias estaduais. Tais “elementos-travão” são sobretudo três: o reconhecimento e permanente afirmação do princípio do *ius includendi et excludendi* (3.1.), a teoria da margem de apreciação (3.2.), e a teoria da “interpretação consensual” (3.3.).

### 3.1. AFIRMAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *IUS INCLUDENDI ET EXCLUDENDI*

O TEDH tem reconhecido e afirmado o princípio do *ius includendi et excludendi* em todos os arestos em matéria de contencioso da imigração. Assim, como se referiu *supra*, ele reconhece e consagra a doutrina tradicional<sup>1557</sup>. Tanto assim é que alguns autores referem que o mesmo pode ser considerado como a «premissa básica» no que toca às decisões nessa matéria<sup>1558</sup>. De facto, o TEDH tentou nunca colocar em causa a competência dos Estados de controlar a entrada de estrangeiros ou de expulsar estrangeiros do território<sup>1559</sup>. Assim, todos os arestos em matéria de contencioso da imigração começam com a afirmação do princípio do *ius includendi et excludendi*, na forma de um “velho” princípio de direito internacional “bem firmado”, de acordo com o qual os Estados podem controlar a entrada e saída de estrangeiros do território, gozando de ampla discricionariedade nessa matéria. A formulação deste princípio varia, mas funciona sempre como o ponto de partida para a análise dos casos relativos a imigração, enquanto afirmação de um princípio geral orientador da decisão<sup>1560</sup>.

### 3.2. TEORIA DA MARGEM DE APRECIAÇÃO

Outro “elemento-travão” no que toca ao desenvolvimento de direitos derivados de imigração é a teoria da margem de apreciação. Muito se tem escrito sobre esta doutrina<sup>1561</sup>. A formulação de YOUROW parece-nos ilustrativa, quando refere que a margem de apreciação se traduz numa deferência, conferida pelos órgãos de Estrasburgo aos órgãos nacionais, antes de declarar a violação de alguma norma da CEDH<sup>1562</sup>. Esta doutrina baseia-se no princípio da subsidiariedade, que tem o seu fundamento na ideia de que, em variados domínios, as autoridades nacionais estão mais próximas das pessoas e dos acontecimentos e que, por isso, estão melhor colocadas do que o juiz internacional para tomar decisões. Para além disso, ela fundamenta-se ainda numa preocupação de não interferência com a soberania dos Estados,

---

<sup>1557</sup> V. Parte I, Capítulo III, ponto 1.5.

<sup>1558</sup> CYNTHIA ANDERFUHREN-WAYNE, “Family Unity in Immigration...”, p. 355.

<sup>1559</sup> MICHEL LEVINET, “La Cour Européenne...”, p. 301.

<sup>1560</sup> Referindo que todo o raciocínio do TEDH é viciado pela consideração da soberania estadual como regra geral, SYLVIE SAROLEA, *Droits de l'Homme...*, p. 317 e ss.

<sup>1561</sup> A doutrina da margem de apreciação foi primeiramente enunciada pelo TEDH na dec. de 07/12/1976, *Handyside c. Reino Unido*, queixa n.º 5493/72. Sobre esta doutrina, v. PAUL MAHONEY, “Judicial Activism and Judicial Self-Restraint...”, p. 78 e ss., RUDOLF BERNHARDT, “Human Rights and Judicial Review...”, p. 308 e ss., EVA BREMS, “The margin of appreciation...”, p. 256 e ss., SÉBASTIEN VAN DROOGHENBROEK, *La proportionnalité...*, p. 511 e ss., CLARE OVEY, “The Margin of Appreciation...”, p. 11 e ss., PEGGY DUCOULOMBIER, “Conflicts Between Fundamental Rights...”, p. 230, OLIVIER DE SCHUTTER & FRANÇOISE TULKENS, “Rights in Conflict...”, p. 200 e ss.

<sup>1562</sup> HOWARD C. YOUROW, *The Margin of Appreciation...*, p. 118.

em relação ao direito de estes procederem a escolhas complexas no que toca a aspetos governativos através do processo decisório democrático<sup>1563</sup>. A referida doutrina visa, assim, conciliar as esferas de autoridade do TEDH e dos Estados contratantes. No contexto da CEDH, a teoria da margem de apreciação é ainda uma tradução de uma exigência ideológica, derivada da diversidade europeia<sup>1564</sup>.

Nesse sentido, a aplicação do princípio da margem de apreciação implica que as autoridades nacionais possuam certa liberdade no que toca a escolher as medidas necessárias para respeitarem os direitos enunciados na Convenção. Em suma, entende-se que os Estados devem gozar de uma certa latitude de decisão no que toca a escolher a melhor forma de proteger os direitos garantidos pela CEDH, pelo que é apenas quando a “margem de apreciação” é ultrapassada que os órgãos de garantia da CEDH intervêm.

Alguns autores consideram que o reconhecimento da margem de apreciação significa que não existe ainda consenso no que toca aos direitos humanos protegidos. E, de facto, um entendimento amplo da doutrina da margem de apreciação pode acarretar o perigo de a CEDH se transformar um instrumento de garantia dos direitos humanos com geometria variável. Pelo contrário, outros autores consideram que a teoria da margem de apreciação pode contribuir para o desenvolvimento dos mesmos, por trazer as construções inovatórias de cada Estado<sup>1565</sup>.

A extensão da margem de apreciação conferida pelos órgãos de garantia da CEDH não é sempre a mesma. Ela varia em função de vários fatores, como a natureza do direito em causa, o fim da ingerência concreta e a existência, na matéria, de um denominador comum aos sistemas jurídicos dos vários Estados<sup>1566</sup>. De uma forma geral, pode dizer-se que, nas questões em que não existe um consenso alargado entre os Estados, bem como nas questões que se relacionam de forma nuclear com poderes de soberania, os órgãos de garantia da CEDH tendem a permitir uma margem de apreciação mais alargada<sup>1567</sup>. No que toca a estas últimas tem-se alegado que os referidos órgãos estão conscientes do facto de que, se forem demasiado estritos no controlo de ações governamentais, em particular daquelas que são altamente apoiadas politicamente, correm o risco de que as suas decisões não passem de letra morta<sup>1568</sup>. Mas, por outro lado, deve reconhecer-se também que, se as decisões forem demasiado tímidas, os indivíduos tornar-se-ão céticos em relação ao papel do TEDH como órgão que promove uma defesa efetiva dos direitos plasmados na CEDH. Ora, é neste equilíbrio que se movem os órgãos de garantia da mesma.

Não cabe aqui desenvolver estes debates, mas apenas analisar de que forma a doutrina se manifesta no contexto da proteção derivada de direitos de imigração. Ora, a matéria de controlo da imigração é tida pelo TEDH como fazendo parte do “núcleo duro das soberanias”. Assim, em geral, é reconhecida aos Estados nessa matéria uma margem de apreciação tendencialmente *ampla*, como se verá nos casos que estudaremos mais à frente.

A doutrina da margem de apreciação, aliada ao princípio do *ius includendi et excludendi* como ponto de partida da decisão, contrabalança os princípios enunciados que permitem a proteção derivada de direitos de imigração.

---

<sup>1563</sup> SARAH VAN WALSUM, “Against All Odds ...”, p. 303.

<sup>1564</sup> FREDERIC SUDRE, *Droit Européen...*, p. 224, SARAH VAN WALSUM, “Against All Odds ...”, p. 303.

<sup>1565</sup> Assim, OLIVIER DE SCHUTTER & FRANÇOISE TULKENS, “Rights in Conflict...”, p. 201.

<sup>1566</sup> FREDERIC SUDRE, *Droit Européen...*, p. 226 e ss.

<sup>1567</sup> SARAH VAN WALSUM, “Against All Odds ...”, p. 303.

<sup>1568</sup> SARAH VAN WALSUM, *idem*, p. 304, ANUSCHEH FARAHAT, “The Exclusiveness of Inclusion...”, p. 264.



### 3.3. TEORIA DA “INTERPRETAÇÃO CONSENSUAL”

Por fim, e ainda por força da diversidade cultural e jurídica que caracteriza o universo dos Estados-Parte da CEDH, o juiz europeu socorre-se por vezes de um princípio interpretativo que pode funcionar como mais um travão ao desenvolvimento da proteção derivada de direitos de imigração. Trata-se, na terminologia de FRÉDÉRIC SUDRE, do princípio da «interpretação consensual»<sup>1569</sup>. Os órgãos de garantia da CEDH podem usar este princípio, que assenta na *ausência de princípios comuns aos direitos internos*, para fundamentar a negação do reconhecimento de determinada decorrência de um direito protegido, ou para negar que um Estado tenha uma determinada obrigação de proteção. Este princípio constitui, pois, um verdadeiro “freio” ao desenvolvimento dos direitos previstos na CEDH, nomeadamente no que toca ao princípio da interpretação evolutiva.

FRÉDÉRIC SUDRE afirma que o juiz europeu dispõe de uma grande liberdade para determinar o «*standard européen*», *i.e.*, o nível de consenso existente entre os Estados-Parte em relação a determinada questão<sup>1570</sup>. O TEDH afirmou que a presença ou ausência de um denominador comum aos sistemas jurídicos dos Estados-Parte poderia constituir um fator decisivo no que toca a determinar o âmbito da margem de apreciação<sup>1571</sup>.

Todas estas linhas de força fazem com que a matéria do contencioso da imigração seja daquelas em que mais se faz sentir a tensão entre a proteção efetiva dos direitos humanos e autodeterminação regulativa dos Estados<sup>1572</sup>. Em resultado, a proteção derivada de direitos de imigração só ocorre em certos casos e verificadas circunstâncias específicas, que analisaremos adiante.

## 4. INDICAÇÃO DE SEQUÊNCIA

Apesar do esforço permanente de equilíbrio entre os vários princípios tidos em conta pelo TEDH, pode dizer-se que este órgão tem aplicado de forma bastante desenvolvida a doutrina da proteção derivada ao contencioso da imigração. É já vasta a jurisprudência do Tribunal de proteção derivada de direitos de imigração através da proteção dos direitos humanos previstos na CEDH.

Esta proteção derivada acabou por se expandir a outros organismos internacionais, como os diversos comités responsáveis pela monitorização do respeito pelas convenções assinadas no contexto das N.U.<sup>1573</sup>. O direito da UE também não foi imune a estes desenvolvimentos,

---

<sup>1569</sup> FRÉDÉRIC SUDRE, “La «Construction» par le Juge Européen...”, p. 42.

<sup>1570</sup> FRÉDÉRIC SUDRE, “La «Construction» par le Juge Européen...”, p. 42.

<sup>1571</sup> Dec. de 28/11/1984, *Rasmussen c. Dinamarca*, queixa n.º 8777/79.

<sup>1572</sup> ANUSCHEH FARAHAT, “The Exclusiveness of Inclusion...”, p. 266.

<sup>1573</sup> Os organismos Nações Unidas responsáveis por supervisionar o respeito pelas convenções respetivas têm também contribuído para desenvolver os direitos previstos nos respetivos catálogos. Isso é levado a cabo, desde logo, através dos comentários gerais, que têm permitido um aprofundamento do conteúdo das disposições escritas. Um dos objetivos desses comentários é aproximar o texto das convenções da prática. Tal labor tem permitido que esses órgãos reconheçam, também eles, a proteção derivada de direitos de imigração. Sobre este ponto, v. GAËL ABLINE, “Les Observations Générales...”, p. 456.

consagrando, quer na CDFUE, quer no direito derivado, verdadeiras manifestações de direitos fundamentais derivados de imigração, que se vieram juntar aos direitos subjetivos de imigração previstos em alguns instrumentos<sup>1574</sup>. Em vários casos o Tribunal Constitucional Português afirmou também direta ou indiretamente a proteção derivada de direitos de imigração, decorrente da necessidade de respeito pelos preceitos constitucionais.

No próximo capítulo analisaremos os vários casos em que as várias fontes de direito pertinentes reconhecem a proteção derivada de direitos de imigração. Ensaiaremos ainda várias possibilidades de proteção derivada desses direitos a partir dos preceitos constitucionais, tendo presentes as evoluções alcançadas pelas demais fontes do direito estudadas, conforme a metodologia expressa nas considerações prévias da presente dissertação.

---

<sup>1574</sup> V. Parte I, Capítulo III, ponto 2.

## CAPÍTULO II

### CASOS DE PROTEÇÃO DERIVADA DE DIREITOS DE IMIGRAÇÃO NO DIREITO POSITIVO

Neste capítulo estudar-se-ão vários casos de proteção derivada de direitos de imigração já reconhecidos nos vários níveis de direito positivo.

Reconhecendo muito embora o *ius includendi et excludendi* dos Estados, as várias fontes de direito objeto do presente estudo têm permitido a afirmação da proteção derivada de direitos de imigração em três casos: nos casos em que o mesmo surge como necessário para efetivar a proibição de tortura, de tratamentos desumanos e degradantes (1), no caso de proteção da unidade familiar do estrangeiro (2) e no caso de proteção da vida privada do estrangeiro (3). Finalmente, ao longo do nosso estudo fomos descortinando outras manifestações, ainda que tímidas e esparsas, desta proteção derivada (4). Serão todos estes casos que estudaremos no presente capítulo.

## 1. PROIBIÇÃO DE TORTURA E TRATAMENTOS DESUMANOS OU DEGRADANTES

A proibição de tortura está prevista em vários instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos<sup>1575</sup>. Veja-se, desde logo, o art. 5.º da DUDH, que proíbe a tortura e os tratamentos ou castigos cruéis, desumanos e degradantes. A 9 de dezembro de 1975, a Assembleia Geral das N.U. adotou ainda a Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes que, embora não sendo um instrumento vinculativo, tem sido considerado como «o primeiro onde se faz uma tentativa de definir as medidas que os Estados devem adotar para erradicar a tortura»<sup>1576</sup>. A proibição de tortura é considerada, além do mais, um princípio de *ius cogens*<sup>1577</sup>.

A proibição de tortura tem permitido chegar a uma das formas mais acabadas de proteção de um direito derivado de imigração, nomeadamente na vertente de direito a permanecer no país de acolhimento. O caso mais comum em que da proibição de tortura, tratamentos desumanos ou degradantes se pode retirar um direito derivado de imigração diz respeito a casos de expulsão de estrangeiros para países onde há razões para crer que serão sujeitos a esses tratamentos. De forma a proteger-se o direito do estrangeiro a não ser sujeito aos mesmos, impõe-se que o Estado expulsante se abstenha de o expulsar e, por isso, aceite a sua permanência no território.

Esta forma de proteção derivada de um direito de permanência no território tem origem no princípio de direito internacional do *non refoulement*<sup>1578</sup>, que encontra as suas raízes históricas na Convenção de 28 de outubro de 1933 relativa ao estatuto internacional dos refugiados russos, arménios e assimilados<sup>1579</sup>.

Começaremos por analisar de que forma a jurisprudência dos órgãos de garantia da CEDH consagrou este caso de proteção derivada (1.1.), passando depois para o estudo da jurisprudência de outros organismos internacionais (1.2.), para as manifestações desta proteção decorrentes do direito da União Europeia (1.3.), para a receção da mesma pela Constituição (1.4.) e pela lei portuguesa (1.5.), após o que elaboraremos uma síntese conclusiva (1.6.).

---

<sup>1575</sup> V., sobre os vários instrumentos jurídicos existentes, LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “Instrumentos Jurídicos para Prevenir a Tortura...”, p. 97 e ss.

<sup>1576</sup> V. BENEDITA MAC CRORIE, “A Pena de Morte...”, p. 197.

<sup>1577</sup> A. LABORINHO LÚCIO fala, a este propósito, de uma «consciência coletiva universal» que integra, coletivamente, o repúdio da tortura e das penas ou tratamentos cruéis, desumanos e degradantes. Cf. “Art. 5.º...”, p. 42.

<sup>1578</sup> Sobre o princípio do *non refoulement* v. em especial, MARJOLEINE ZIECK, *UNHCR and Voluntary Repatriation...*, p. 147, JEAN ALLAIN, “The Ius Cogens Nature of non-refoulement”, p. 533 e ss., JAMES C. HATHAWAY, *The rights of refugees under international law...*, VLADISLAVA STOYANOVA, “The Principle of Non-Refoulement...”, p. 1 e ss., WALTER KALIN, “Article 33, para. 1”, p. 1345 e ss.

<sup>1579</sup> ANNE LISE DUCROQUETZ, *L'Expulsion des Étrangers...*, p. 175.

## 1.1. JURISPRUDÊNCIA DOS ÓRGÃOS DE GARANTIA DA CEDH

### 1.1.1. Evolução da jurisprudência

Nos termos do art. 3.º da CEDH «ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes». Esta norma tem sido uma das principais fontes de proteção de um direito dos estrangeiros a permanecer no território.

No entanto, a jurisprudência dos órgãos de garantia da CEDH neste contexto nem sempre foi linear. Num momento inicial, a ComEDH afirmava que apenas em *circunstâncias excecionais* se podia admitir que a expulsão de um estrangeiro acarretava uma violação do art. 3.º da CEDH<sup>1580</sup>. Para avaliar da violação do art. 3.º, a ComEDH tinha em consideração vários indícios, como a fonte da proveniência do risco de maus tratos, o facto de o expulsando ter ou não o estatuto de refugiado político, o facto de o Estado de destino ser ou não parte da CEDH, a indicação de medidas de proteção destinadas ao recorrente e as características do país de destino, como a natureza do regime político ou a situação particular aí reinante no que toca ao respeito pelos direitos fundamentais<sup>1581</sup>. No caso *Kirkwood c. Reino Unido*, a ComEDH analisou se a sujeição do recorrente ao “fenómeno do corredor da morte” poderia ser considerado, por si só, um tratamento contrário ao art. 3.º da CEDH. A ComEDH considerou que o efeito de ansiedade provocado pelo efeito de espera no corredor da morte não atingia, no caso, um grau de seriedade tal que pudesse ser qualificado como um tratamento contrário ao art. 3.º<sup>1582</sup>. Esta nota é importante porque foi, precisamente a propósito de um caso semelhante, que o TEDH inaugurou mais tarde a aplicação da teoria da proteção derivada aos casos de proibição de tortura, tratamentos desumanos ou degradantes.

Posteriormente, o rigor inicial da ComEDH aligeirou-se, passando este órgão a referir que, em “certas condições”, as medidas de expulsão ou de extradição podiam, de facto, acarretar uma violação do art. 3.º da CEDH<sup>1583</sup>. Seria esse o caso se existissem *razões sérias* para crer que o recorrente seria sujeito, no país de destino, a tratamentos contrários ao referido art. 3.º.

---

<sup>1580</sup> Dec. de 17/12/1976, *Agee c. Reino Unido*, queixa n.º 7729/76. Neste caso, o recorrente invocava que a medida de expulsão em si constituía uma punição desproporcionada, arbitrária e injustificada e por isso, contrária ao art. 3.º. A ComEDH considerou que só em circunstâncias excecionais uma decisão de expulsão podia acarretar violação do art. 3.º da CEDH e que, no caso, o recorrente não correria esse risco. Esta consideração foi repetida em vários casos de extradição. Na dec. de 22/01/1987, *B c. França*, queixa n.º 11722/85, a ComEDH referiu que a extradição de uma pessoa podia, em casos excecionais, levantar problemas quanto ao respeito pelo art. 3.º da CEDH, princípio que foi ainda reafirmado na dec. de 03/05/1983, *Altun c. República Federal da Alemanha*, queixa n.º 10308/83, onde a ComEDH considerou que o recorrente não corria o risco de ser sujeito a esses tratamentos.

<sup>1581</sup> Para mais desenvolvimentos sobre a jurisprudência da ComEDH sobre violação do art. 3.º da CEDH em casos de expulsão, v. ANDREW DRZEMCZEWSKI, “The Position of Aliens...”, p. 360 e ss., YVES MADIOT, “Un Statut Européen ...”, p. 52 e ss., ANNE LISE DUCROQUETZ, *L'Expulsion des Étrangers...*, p. 188 e ss.

<sup>1582</sup> Dec. de 12/03/1984, *Kirkwood c. Reino Unido*, queixa n.º 10479/83. A ComEDH tomou em consideração diversos fatores, como os vários mecanismos de aceleração processual oferecidos pelo Estado requerente, bem como a evolução da jurisprudência do mesmo, no que toca a evitar que a espera no corredor da morte constituísse um “tratamento cruel”. Por fim, considerou que as condições da detenção eram adequadas.

<sup>1583</sup> Dec. de 02/03/1995, *H.L.R. c. França*, queixa n.º 24573/94.

Foi o TEDH que acabou por desenvolver essa ideia. O *leading case* no que respeita à proteção derivada de direitos de imigração através da proibição de tortura, tratamentos desumanos ou degradantes foi o caso *Soering*<sup>1584</sup>. Em causa estava a extradição de um estrangeiro para um país onde o mesmo iria ser sujeito a pena de morte<sup>1585</sup>. A possibilidade de declarar que a aplicação da pena de morte em si era ilícita por violação do direito à vida não procedeu, pois não se considerou coerente com a exceção prevista no art. 2.º, que salvaguarda a possibilidade de aplicação de sentença capital pronunciada por um tribunal, no caso de o crime ser punido com esta pena pela lei. Por essa razão, o TEDH considerou não poder declarar a pena de morte, em si mesma, como um tratamento desumano, já que isso levaria a um conflito entre o art. 2.º e o art. 3.º. Não obstante, o TEDH acabou por considerar que a sujeição do recorrente à espera no corredor da morte era, em si mesma, um tratamento desumano, por submetê-lo a uma espera que implicaria agonia e angústia, provocadoras de sofrimento psicológico durante um longo período de tempo. As circunstâncias particulares do caso, *i.e.*, a duração da detenção até à execução, as condições do “corredor da morte” e a idade e estado mental do recorrente foram determinantes para o TEDH considerar que, no caso concreto, ao ser extraditado, o estrangeiro iria ser sujeito a tratamentos contrários ao art. 3.º da CEDH. Assim, o Estado extraditante não poderia executar a medida de extradição, sob pena de incorrer em violação do art. 3.º da CEDH.

Esta jurisprudência foi posteriormente estendida aos casos de expulsão ou de afastamento de estrangeiros. O Acórdão *Cruz Varas*<sup>1586</sup> representou a decisão pioneira. Nesse aresto, o TEDH referiu que os princípios aplicados no caso *Soering* em matéria de extradição, eram estendidos a decisões de expulsão, incluindo os casos de expulsões já efetivadas. O recorrente invocava que, ao ser expulso para o seu país de origem – Chile –, seria sujeito a tortura por parte das autoridades do mesmo, devido à sua filiação partidária. No entanto, no caso concreto, o TEDH considerou não existirem provas suficientes de risco de sujeição aos tratamentos contrários ao art. 3.º da CEDH. Para o efeito, teve em conta que a situação generalizada de respeito pelos direitos humanos no Chile tinha melhorado significativamente desde a saída do recorrente do país<sup>1587</sup>.

A este seguiu-se o caso *Vilvarajah*<sup>1588</sup>, em que vários nacionais do Sri Lanka foram expulsos do Reino Unido após terem requerido asilo, sem sucesso. Três dos recorrentes invocaram que tinham sido sujeitos a tortura após o seu regresso ao país de origem. No entanto, o TEDH considerou, mais uma vez, não ter havido violação do art. 3.º, pois nas circunstâncias concretas do caso, em que estava a decorrer um programa de retorno voluntário apoiado pelo Alto Comissário das Nações Unidas para os Refugiados para esse país, não havia indícios suficientes de risco de maus-tratos<sup>1589</sup>.

---

<sup>1584</sup> Dec. de 07/07/1989, *Soering c. Reino Unido*, queixa n.º 14038/88.

<sup>1585</sup> Soering era um cidadão alemão, que, à data da queixa, se encontrava detido numa prisão no Reino Unido para efeitos de extradição para os EUA, para ser julgado pela prática de dois crimes de homicídio na Virgínia. Os EUA requereram a extradição ao abrigo do Tratado de Extradição de 1972 celebrado entre os EUA e o Reino Unido. Sobre este caso v., em detalhe, ROSALYN HIGGINS, “Extradition, the Right to Life...”, p. 605 e ss.

<sup>1586</sup> Dec. de 20/03/1991, *Cruz Varas c. Snécia*, queixa n.º 15576/89.

<sup>1587</sup> Para uma crítica a esta decisão, v. RALF ALLEWELDT, “Protection Against Expulsion”, p. 369.

<sup>1588</sup> Dec. de 30/10/1991, *Vilvarajah e outros c. Reino Unido*, queixas n.º 13163/87, 13164/87 e 13165/87.

<sup>1589</sup> A decisão teve o voto de vencido do juiz CARLO RUSSO, que sublinhou que o art. 3.º se encontrava no núcleo duro da CEDH, o que implicava um cuidado especial no que toca à sua proteção. Para uma crítica a esta decisão, v. RALF ALLEWELDT, “Protection Against Expulsion”, p. 370.

Merece ainda referência o famoso caso *Chahal*<sup>1590</sup>. Neste caso, o TEDH condenou o Reino Unido por ter emanado uma medida de expulsão contra um nacional indiano, que invocava risco de tortura no país de destino. O facto de o Reino Unido invocar a salvaguarda da segurança nacional como motivo para a expulsão não foi considerado suficiente para evitar a condenação pelo TEDH por violação do art. 3.º. Este caso foi particularmente importante pois foi a primeira vez que o TEDH analisou a legitimidade de uma medida destinada a expulsar um alegado terrorista e em que teve de proceder a uma decisão no que toca ao delicado equilíbrio entre a salvaguarda da segurança nacional, por um lado, e a proteção dos direitos humanos do indivíduo, por outro. O TEDH afirmou que estava consciente das dificuldades com que os Estados se debatiam no contexto da luta contra o terrorismo, mas que os princípios base de decisão se mantinham também nesse contexto<sup>1591</sup>.

Com a aplicação da jurisprudência *Soering* aos casos de expulsão estava dado o passo para se construir jurisprudencialmente um verdadeiro *direito a não ser expulso ou afastado*, se a execução das medidas de expulsão ou afastamento acarretar o risco de o estrangeiro ser sujeito a tortura, penas ou tratamentos desumanos ou degradantes no país de destino<sup>1592</sup>.

### 1.1.2. Proteção *indireta*

A proteção conferida pelo art. 3.º contra expulsões que envolvam o risco de sujeição a tortura ou tratamentos desumanos ou degradantes constitui como que uma “proteção derivada e indireta”, ou, na terminologia francófona, um “*double ricochet*”<sup>1593</sup>. Trata-se de proteção derivada por se garantir um direito permanecer no território (*direito-meio*) para se respeitar um outro direito fundamental (*direito-fim*), plasmado no art. 3.º da CEDH. No entanto, a proteção contra expulsões conferida neste contexto pelo art. 3.º da CEDH é também uma proteção *indireta*. É que, nas situações analisadas, os tratamentos contrários ao art. 3.º não são diretamente infligidos pelo Estado extraditante ou expulsante, mas sim pelo Estado de destino. No entanto, o TEDH considera que esses tratamentos, a ocorrerem, são responsabilidade do Estado expulsante, que, por isso, está impedido de efetivar a medida. Será, pois, o Estado extraditante ou expulsante que será responsável pelos referidos tratamentos desumanos e degradantes, apesar de estes ocorrerem no Estado de destino.

Alguns autores referem que esta “proteção indireta” consiste num «efeito extraterritorial da CEDH»<sup>1594</sup>. No entanto, na nossa opinião, não se trata verdadeiramente de um *efeito extraterritorial*, já que a CEDH continua a aplicar-se apenas a sujeitos que se encontram abrangidos pelo seu campo de aplicação, *i.e.*, abrangidos pela jurisdição do Estado-Parte, o Estado expulsante. Esse Estado é responsável pelas consequências – previsíveis – de uma medida *por si aplicada*: a medida de extradição ou de expulsão<sup>1595</sup>. A simples *exposição* do

---

<sup>1590</sup> Dec. de 15/11/96, *Chahal c. Reino Unido*, queixa n.º 22414/93.

<sup>1591</sup> Sobre este caso, v. NICHOLAS SITAROPOULOS, “The Role and Limits...”, p. 89.

<sup>1592</sup> Assim, PAULO MANUEL ABREU DA SILVA COSTA, “A Protecção dos Estrangeiros ...”, p. 519, FRÉDÉRIC SUDRE, *Droit Européen ...*, p. 599.

<sup>1593</sup> FRÉDÉRIC SUDRE, *Droit Européen ...*, p. 599.

<sup>1594</sup> JEAN-PAUL COSTA, “Qui relève de la Jurisdiction...”, p. 489, DIEGO BOZA MARTÍNEZ, *Los Extranjeros...*, p. 114.

<sup>1595</sup> NICHOLAS BLAKE & RAZA HUSAIN, *Immigration, Asylum...*, p. 89.

estrangeiro a tratamentos desumanos e degradantes através do exercício do *ius excludendi* constitui, ela própria, um tratamento contrário ao art. 3.º da CEDH.

Este âmbito da proteção derivada de direitos de imigração tem sido ainda mais reforçado com a recente evolução jurisprudencial do TEDH. Exemplo disso são as situações em que o Estado é condenado por enviar estrangeiros para outro Estado que, por sua vez, os remeterá a um terceiro Estado onde sofrerão tratamentos contrários ao art. 3.º. Tomemos como exemplo o acórdão que decidiu o caso *Hirsi e outros c. Itália*<sup>1596</sup>. Um grupo de cerca de 200 estrangeiros viajava a bordo de embarcações provenientes da Líbia. Essas embarcações foram intercetadas pelas autoridades italianas a 35 milhas a sul de Lampedusa, e os estrangeiros reconduzidos à Líbia. Estes recorreram para o TEDH alegando a violação do art. 3.º, bem como da proibição de expulsões coletivas prevista pelo art. 4.º do Protocolo n.º 4. O TEDH considerou que, de facto, a recondução dos referidos estrangeiros à Líbia os sujeitava a tratamentos contrários ao art. 3.º da CEDH, já que esse país não previa garantias suficientes de que os mesmos não seriam arbitrariamente reenviados para os seus países de origem - Somália e Eritreia -, em relação aos quais havia fortes indícios de que poderiam ser sujeitos a tratamentos contrários ao art. 3.º da CEDH<sup>1597</sup>.

Por outro lado, inicialmente, o juiz europeu não aplicava a garantia quando o país de destino era um Estado-parte da CEDH<sup>1598</sup>. Mais tarde o TEDH abandonou esta tese. No caso *T.I. c. Reino Unido*<sup>1599</sup>, apreciou o pedido de um nacional do Sri Lanka, enviado do Reino Unido para a Alemanha, Estado que, de acordo com as normas da UE seria o responsável por examinar o pedido de asilo do estrangeiro. O recorrente alegou que, ao ser reenviado para a Alemanha, correria o risco de ser expulso para o Sri Lanka, tendo em conta a jurisprudência alemã em matéria de asilo que não tinha em consideração os receios de perseguição provenientes de atores privados. O TEDH considerou que o reenvio para a Alemanha constituiria uma etapa de uma sequência possível de acontecimentos que culminaria com os maus tratos do recorrente no Sri Lanka. Mais entendeu que essa etapa era suficiente para responsabilizar o Reino Unido por violação do art. 3.º da CEDH<sup>1600</sup>. Tome-se, ainda, como exemplo o caso *M.S.S. c. Bélgica e Grécia*<sup>1601</sup>, respeitante a um cidadão de nacionalidade afegã que tinha entrado no território da União Europeia pela Grécia, tendo apresentado na Bélgica um pedido de asilo. Por aplicação das regras da UE em matéria de determinação do Estado responsável para a análise do pedido de asilo, o requerente foi reenviado para a Grécia. No processo perante o TEDH demonstrou-se que este Estado não oferecia garantias efetivas contra a não repulsão do requerente para o seu país de origem – em particular, não assegurava um exame do pedido com acesso a um recurso efetivo. A Bélgica foi condenada por violação do art. 3.º da CEDH pelo facto de ter reenviado o

---

<sup>1596</sup> Dec. de 23/02/2012, *Hirsi Jamaa e outros c. Itália*, queixa n.º 27765/09.

<sup>1597</sup> Sobre este caso, v. DONATELLA LOPRIENO, “Protecting Fundamental Rights of Migrants...”, p. 337. Mais recentemente, a Itália voltou a ser condenada num caso com contornos muito semelhantes, por expulsar imigrantes que tinham entrado ilegalmente por barco na Grécia de volta a este último país, pelo facto de o mesmo não garantir um respeito do princípio do non *refoulement*. A Grécia foi também condenada por violação do art. 3.º da CEDH. V. dec. de 21/10/2014, *Sharifi e outros c. Itália e Grécia*, queixa n.º 16643/09.

<sup>1598</sup> Dec. de 02/12/1986, *K. e F. c. Holanda*, queixa n.º 12543/86.

<sup>1599</sup> Dec. de 07/03/2000, *TI c. Reino Unido*, queixa n.º 43844/99.

<sup>1600</sup> O TEDH afirmou não ser suficiente a alegação, feita pelo Reino Unido, de que estava a dar cumprimento às normas da UE, já que esse facto não o dispensava de assegurar o respeito pelos direitos garantidos pela CEDH.

<sup>1601</sup> Dec. de 21/01/2011, *M.S.S. c. Bélgica e Grécia*, queixa n.º 30696/09.



requerente para a Grécia, expondo-o aos riscos mencionados. As autoridades belgas deveriam, no entender do TEDH, ter indagado previamente sobre o tratamento concedido pelas autoridades gregas aos requerentes de asilo<sup>1602</sup>. Um Estado-Parte da CEDH não deixa, assim, de ser tido como responsável, mesmo que proceda à expulsão de um estrangeiro para outro Estado-Parte da CEDH, se aí se demonstrar que será sujeito a tratamentos contrários ao art. 3.º. Nesse sentido, tem-se referido não existir nenhum «país seguro» para efeitos de aplicação do art. 3.º<sup>1603</sup>.

Por fim, recentemente, o TEDH estendeu esta jurisprudência a casos em que um Estado «entrega», por simples ato de facto<sup>1604</sup> (fora, portanto, de um processo de extradição ou expulsão) estrangeiros a Estados que podem submetê-lo a tratamentos contrários ao art. 3.º. No caso *El Masri*<sup>1605</sup>, a Ex-República Jugoslava da Macedónia foi condenada por ter detido e entregue aos EUA um cidadão estrangeiro suspeito de terrorismo. O TEDH considerou que a Macedónia era responsável pelas condições de detenção a que o recorrente foi submetido no Afeganistão por parte da CIA.

### 1.1.3. Âmbito de proteção subjetivo

A proteção derivada conferida através do art. 3.º da CEDH consagra, desde logo, um direito já codificado para certas categorias de estrangeiros – os refugiados – que cai fora do âmbito de estudo da presente tese. Trata-se da proibição de *non refoulement* ou não repulsão, que recebe acolhimento no art. 33.º da Convenção de Genebra relativa ao Estatuto de Refugiado de 28 de julho de 1951<sup>1606</sup>. De acordo com esse princípio, um refugiado não pode ser repellido para fronteiras dos territórios onde a sua vida ou a sua liberdade sejam ameaçadas em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou opiniões políticas. Apesar de não caber no âmbito da nossa análise, sempre podemos adiantar que, através da consagração do princípio do *non refoulement*, a referida Convenção de Genebra constituiu o primeiro instrumento internacional a prever restrições ao poder dos Estados de expulsão de estrangeiros. Para além do mais, um refugiado que se encontre regularmente no território de um Estado-Parte beneficia de proteção adicional contra expulsões, nos termos do art. 32.º da mesma Convenção, que proíbe as expulsões exceto se motivadas por razões de segurança nacional ou ordem pública.

O desenvolvimento da jurisprudência dos órgãos de garantia da CEDH no que toca à proibição prevista no art. 3.º veio, porém, oferecer uma proteção mais ampla que a derivada da Convenção de Genebra, para os expulsandos que corram o risco de ser submetidos a tortura, tratamentos desumanos e degradantes nos países de destino. De facto, o princípio do *non refoulement* apenas abrange os refugiados, na noção dada pela citada Convenção de

---

<sup>1602</sup> O TEDH afirmou ainda que as autoridades belgas tinham possibilidade de usar a cláusula de soberania prevista no Regulamento da UE (art. 3.º, n.º2, do Regulamento (CE) n.º 343/2003, do Conselho, de 18 de fevereiro).

<sup>1603</sup> RALF ALLEWELDT, “Protection Against Expulsion”, p. 372.

<sup>1604</sup> DIEGO BOZA MARTÍNEZ, *Derecho de Extranjería* ..., p. 281.

<sup>1605</sup> Dec. de 13/12/2012, *El Masri c. Ex-República Jugoslava da Macedónia*, queixa n.º 39630/09.

<sup>1606</sup> O princípio do *non refoulement* é hoje reconhecido como norma de *ius cogens*. Assim, ANTÓNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, “Le Déracinement...”, p. 326 e ainda OHCHR Discussion Paper, “Expulsions of Aliens in International Human Rights Law”, in <http://www2.ohchr.org>, p. 2.

Genebra<sup>1607</sup>. Já o art. 3.º da CEDH abrange *qualquer estrangeiro* que invoque que a aplicação de uma medida de expulsão o pode sujeitar aos tratamentos proibidos por essa norma<sup>1608</sup>.

#### 1.1.4. Âmbito de proteção objetivo

Para além do seu âmbito subjetivo, também o âmbito de proteção objetivo do art. 3.º é mais amplo que a simples proteção contra o *refoulement*, que apenas protege os refugiados contra expulsões para territórios onde a sua vida ou liberdade sejam ameaçadas *em virtude da* sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou opiniões políticas<sup>1609</sup>. O art. 3.º da CEDH protege quaisquer estrangeiros contra expulsões para territórios onde os mesmos possam ser sujeitos a torturas ou a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes, por qualquer motivo.

Importa agora saber o que consubstancia, para o TEDH, cada um dos tipos de tratamentos proibidos pelo art. 3.º da CEDH.

Os órgãos de garantia da CEDH definem “tortura” como um tratamento desumano deliberado causador de sofrimento muito grave e cruel<sup>1610</sup>. Os tratamentos desumanos ou degradantes são um *minus* relativamente à tortura<sup>1611</sup>. O tratamento desumano é definido como uma conduta que causa sofrimento mental ou físico mas que não é destinada especificamente a provocar esse efeito ou não atinge os níveis de severidade da tortura<sup>1612</sup>. Trata-se, assim, de um tratamento que não tem de ser deliberado e cuja intensidade do sofrimento é inferior<sup>1613</sup>. Já o tratamento degradante é aquele que, com severidade e gravidade, humilha ou rebaixa a vítima, cause sentimentos de medo, angústia e inferioridade,

---

<sup>1607</sup> Nos termos da Convenção de Genebra, modificada pelo Protocolo de Nova Iorque, de 31 de janeiro de 1967, o termo «refugiado» engloba as pessoas que tenham abandonado os seus países de origem devido a perseguição por virtude da sua raça, religião, nacionalidade, ou pertença a grupo social particular ou opinião política. Não obstante, tem-se assistido a uma ampliação do conceito, que passaria a abranger também, por exemplo, os casos em que a pessoa corre risco de sofrer uma execução, tortura, ou mutilação genital. Sobre este ponto, v. TERESA FAJARDO DEL CASTILLO, “La Directiva de Retorno...”, p. 477. Sobre a noção de Refugiado v., entre a numerosa literatura existente, GUY S. GOODWIN-GILL & JANE MCADAM, *The refugee in international law...*, J.Y. CARLIER ET AL., *Quest-ce qu'un réfugié?*..., JAMES C. HATHAWAY, *The rights of refugees under international law...*, DANIELE LOCHAK, “Qu'est-ce qu'un réfugié?...” p. 33 e ss.

<sup>1608</sup> Assim, também, RALF ALLEWELD, “Protection Against Expulsion...”, p. 360, CARMEN TIBURCIO, *The Human Rights...*, p. 84.

<sup>1609</sup> Um caso típico abrangido simultaneamente pela proibição de *non refoulement* e pelo art. 3.º da CEDH foi o da dec. de 15/05/2012, *S.F. e outros c. Suécia*, queixa n.º 52077/10. O TEDH considerou que a expulsão de uma família de cidadãos iranianos, que invocavam o risco de tortura no país de destino devido ao seu envolvimento num partido político destinado à defesa dos direitos dos curdos, bem como a atividades levadas a cabo na Suécia, nomeadamente no que toca a relatos respeitantes à violação de direitos humanos no Irão, violava o art. 3.º da CEDH.

<sup>1610</sup> Dec. de 18/01/1978, *Irlanda c. Reino Unido*, queixa n.º 5310/71.

<sup>1611</sup> FREDERIC SUDRE, *Droit Européen...*, p. 311.

<sup>1612</sup> Serão considerados tratamentos ou penas desumanas também as que sejam desproporcionadas face ao crime cometido. Ver a Dec. de 06/05/1978 da ComEDH, *Kotalla c. Holanda*, queixa n.º 7994/77. V. ainda, sobre este ponto, RALF ALLEWELDT, “Protection Against Expulsion”, p. 364.

<sup>1613</sup> NICHOLAS BLAKE & RAZA HUSAIN, *Immigration, Asylum...*, p. 73.

capazes de humilhar ou a levar a agir contra a sua vontade ou consciência, por lhe quebrar a resistência física ou moral<sup>1614</sup>.

Não obstante, nem sempre é possível distinguir o tipo de tratamento em causa, podendo determinada conduta conter simultaneamente todas as mencionadas<sup>1615</sup>. Por outro lado, no contexto da imigração, o TEDH normalmente não distingue entre estas várias categorias de tratamentos, aferindo apenas, de forma global, se a medida infringe o art. 3.º da CEDH<sup>1616</sup>. Para tal, o juiz europeu atende aos contornos globais do caso concreto, como a duração do tratamento<sup>1617</sup>, os efeitos físicos ou mentais na vítima, bem como o seu sexo, idade e estado de saúde<sup>1618</sup>.

### 1.1.5. Resenha de casos de proteção

O TEDH tem vindo a estender a proteção oferecida pelo art. 3.º da CEDH a um número cada vez maior de situações. À partida, apenas atuará nos casos de *afastamento* de estrangeiros do território, seja através de medidas de expulsão, com o sentido amplo que aqui atribuímos, seja através de medidas de extradição<sup>1619</sup>.

No que toca à *origem* dos tratamentos desumanos ou degradantes, o TEDH considera que o art. 3.º da CEDH oferece proteção quer o risco dos mesmos provenha das autoridades do Estado de destino quer de terceiros. No que toca aos riscos provenientes do Estado de destino, várias situações podem estar abrangidas. Desde logo, o receio de perseguição devido à pertença a determinado grupo, situação que consubstanciará uma manifestação do já referido princípio do *non refoulement*<sup>1620</sup>. Seguidamente, o risco pode provir do próprio sistema jurídico interno do Estado, em razão, por exemplo, da previsão de penas incompatíveis com o art. 3.º, como as penas corporais<sup>1621</sup> ou, em certos casos, a pena de prisão perpétua<sup>1622</sup>. Ultimamente, o TEDH tem considerado, contrariamente às primeiras decisões na matéria, que a pena de morte pode ser considerada, em si, um tratamento contrário ao art. 3.º,

---

<sup>1614</sup> PAULO MANUEL ABREU DA SILVA COSTA, “A Protecção dos Estrangeiros...”, p. 521, NICHOLAS BLAKE & RAZA HUSAIN, *Immigration, Asylum...*, p. 74, DIEGO BOZA MARTÍNEZ, *Los Extranjeros...*, p. 110 e ss., FREDERIC SUDRE, *Droit Européen...*, p. 312.

<sup>1615</sup> IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, p. 85 e ss.

<sup>1616</sup> NICHOLAS BLAKE & RAZA HUSAIN, *Immigration, Asylum...*, p. 103.

<sup>1617</sup> Assim, na dec. de 28/07/1999, *Selmouni c. França*, queixa n.º 25803/94, o TEDH considerou que o carácter repetitivo e prolongado dos maus-tratos exercidas sobre a vítima faziam com que os mesmos atingissem, no seu conjunto, um carácter particularmente grave e cruel, podendo atingir o nível de “tortura”. Este caso é, aliás referido como um caso em que o TEDH baixou o grau de exigência para considerar determinado tratamento como integrando o conceito de “tortura”. Cf. PEDRO GARCIA MARQUES, “Artigo 25.º...”, p. 576.

<sup>1618</sup> V. a já citada dec. de 18/01/1978, *Irlanda c. Reino Unido*.

<sup>1619</sup> ANA MARIA GUERRA MARTINS, no entanto refere que também a recusa de entrada de estrangeiros pode levar à aplicação do art. 3.º da CEDH, *A Igualdade e a Não Discriminação...*, p. 378.

<sup>1620</sup> Assim, entre outras, a dec. de 11/01/2007, *Salah Sheekh c. Holanda*, queixa n.º 1948/04, a dec. de 20/07/2010, *A c. Holanda*, queixa n.º 4900/06, a dec. de 18/02/2010, *Baysakov e outros c. Ucrânia*, queixa n.º 54131/08.

<sup>1621</sup> V. assim, no que toca à expulsão de uma mulher iraniana que invocava a sua sujeição, no país de destino, à pena de morte por lapidação por cometido adultério, a dec. de 11/07/2000, *Jabari c. Turquia*, queixa n.º 40035/98.

<sup>1622</sup> Dec. de 04/09/2014, *Trabelsi c. Bélgica*, queixa n.º 140/10.

atendendo às circunstâncias específicas da sua aplicação, *forma* de punição usada e *método de execução* da mesma<sup>1623</sup>. Foi essa a decisão no caso *Chamaiev*<sup>1624</sup>. As condições pessoais do condenado, a desproporcionalidade da medida em relação ao crime cometido, bem como as condições de detenção aplicadas até à execução da medida foram fatores decisivos. Por seu turno, no caso *Öcalan*<sup>1625</sup>, considerou que a condenação à morte, na sequência de um processo não equitativo, constituía também um tratamento contrário ao art. 3.º<sup>1626</sup>. Mais afirmou que a pena de morte em tempos de paz era uma sanção *inaceitável*.

O mau trato pode derivar, depois, de uma situação de grave perturbação no país, por exemplo, da natureza do regime político instalado, que leva a crer que os direitos humanos da população sejam sistemática e grosseiramente violados<sup>1627</sup> ou de uma situação de insegurança geral (guerra civil, desordens)<sup>1628</sup>. Nestes casos, porém, o TEDH procede a uma análise mais exigente, requerendo normalmente que a situação do recorrente de destaque da situação a que estão sujeitas as demais pessoas em geral<sup>1629</sup>.

Para além do mais, como acima se referiu, o art. 3.º da CEDH pode ainda oferecer proteção quando o risco de sujeição a maus tratos provém de terceiros. Foi no caso *H.L.R.*<sup>1630</sup> que o TEDH afirmou pela primeira vez a possibilidade de violação do art. 3.º devido a atuações de privados<sup>1631</sup>. O TEDH fundamentou essa abordagem no caráter absoluto da proteção concedida pelo art. 3.º. No caso, um colombiano que havia sido detido pela polícia francesa no aeroporto de Roissy por trazer consigo cocaína, alegava que no país de origem iria ser exposto à perseguição dos traficantes de droga. Apesar de o TEDH não considerar suficientemente provados os riscos de sujeição a tratamentos contrários ao art. 3.º da CEDH, considerou que a norma era aplicável ao caso em presença, não obstante o alegado risco de perseguição provir de terceiros e não das autoridades estaduais. Mais recentemente, a Áustria foi condenada pela expulsão de um cidadão checheno para a Rússia, devido ao clima de impunidade e falta de investigação com que os grupos rebeldes cometiam violações dos direitos humanos na região do Cáucaso Norte<sup>1632</sup>. Este tipo de proteção foi estendido a vários tipos de situações. No caso *Collins e Akaziebie*<sup>1633</sup>, havia risco de mutilação genital feminina caso se efetivasse uma expulsão para a Nigéria, e no caso *N. c. Suécia*, o risco de maus tratos derivava de violência conjugal<sup>1634</sup>. Em todos estes casos, em que o risco de maus tratos não provém das autoridades de destino, o TEDH exige prova de que estas últimas não

<sup>1623</sup> Sobre a pena de morte constituir, *a se*, tortura, v. entre nós, BENEDITA MAC CROIRIE, “A Pena de Morte...”, p. 195 e ss.

<sup>1624</sup> Dec. de 12/04/2005, *Chamaiev e outros c. Geórgia e Rússia*, queixa n.º 36378/02.

<sup>1625</sup> Dec. de 12/05/2005, *Öcalan c. Turquia*, queixa n.º 46221/99.

<sup>1626</sup> Como se verá *infra* (ponto 4.2.), a jurisprudência do TEDH tem evoluído neste ponto, considerando que a aplicação de pena de morte pode levar a violação conjunta do art. 3.º e 2.º da CEDH. Sobre este ponto, v. ainda FRÉDÉRIC SUDRE, *Droit Européen...*, p. 602.

<sup>1627</sup> V. dec. de 06/03/2001, *Hilal c. Reino Unido*, queixa n.º 45276/99.

<sup>1628</sup> V. a já referida dec. de 30/10/1991, *Vilvarajah c. Reino Unido*.

<sup>1629</sup> Sobre este aspeto v. mais detalhadamente, *infra*, ponto 1.1.6.

<sup>1630</sup> Dec. de 29/04/1997, *H.L.R. c. França*, queixa n.º 24573/94.

<sup>1631</sup> Note-se, porém, que a ComEDH já o havia afirmado, na já citada dec. de 03/05/1983, *Altun c. República Federal da Alemanha*.

<sup>1632</sup> Dec. de 28/03/2013, *I.K. c. Áustria*, queixa n.º 2964/12.

<sup>1633</sup> Dec. de 08/03/2007, *Akaziebie c. Suécia*, queixa n.º 23944/05.

<sup>1634</sup> Dec. de 20/07/2010, *N. c. Suécia*, queixa n.º 23505/09.

estão em condições de oferecer uma proteção adequada contra o risco de tratamentos proibidos proveniente dos terceiros. Ora, o problema que se levanta nestes casos diz respeito precisamente à necessidade de demonstração da incapacidade do Estado para proteger o estrangeiro, já que se traduz numa *prova negativa*<sup>1635</sup>.

Por fim, o risco pode derivar de condições objetivas do país de destino, independentes da conduta das autoridades. Paradigmático, neste contexto, é o caso *D. c. Reino Unido*<sup>1636</sup>. Um cidadão da ilha de St. Kitts foi objeto de uma ordem de expulsão por parte do Reino Unido, na sequência de condenação pela prática de um crime de tráfico de estupefacientes. No entanto, como se encontrava infetado com HIV, em estado já avançado da doença, o TEDH considerou que a expulsão para o país de origem violaria o art. 3.º da CEDH. Afirmou, para esse efeito, que a limitada qualidade de vida na altura ainda gozada pelo recorrente era possível exclusivamente devido aos cuidados médicos disponíveis no Reino Unido, bem como aos laços entretanto entretecidos com o pessoal que os prestava. O corte abrupto dos mesmos, aliada à completa inexistência de tratamentos comparáveis no país de origem e à falta de laços familiares e apoio social que lhe permitisse morrer com dignidade, consubstanciariam um tratamento desumano e degradante. No entanto, o TEDH sublinhou a singularidade deste caso, referindo que apenas circunstâncias muito excecionais ou considerações humanitárias prementes poderiam fazer com que o agravamento da saúde do expulsando tornasse uma expulsão ilegítima por violação do art. 3.º da CEDH<sup>1637</sup>. O TEDH tem limitado essas situações aos casos de doenças incuráveis que se encontrem já em fase terminal<sup>1638</sup>. Para além disso, é determinante que o país de origem não tenha condições para proporcionar um tratamento adequado<sup>1639</sup>. Nesse sentido, a decisão no caso *N. c. Reino Unido*, em que o TEDH considerou que a expulsão de uma estrangeira doente para o Uganda não violava o art. 3.º porque as provas disponíveis demonstravam que esse país disponibilizava de algum tratamento médico e o seu estado não era terminal<sup>1640</sup>. Já no caso *Aswat*, considerou que a extradição do recorrente, um suspeito de terrorismo que sofria de doença mental, para os EUA, constituiria uma violação do art. 3.º, devido às incertezas no que toca às condições de detenção a que o mesmo seria sujeito no país de destino<sup>1641</sup>.

---

<sup>1635</sup>Sobre este ponto v. SYMEON KARAGIANNIS, “Expulsion des Étrangers...”, p. 68 e ss. Sobre a questão da prova, em geral, nos casos respeitantes à violação do art. 3.º da CEDH, v. LYDIE DUTHEIL-WAROLIN, “La Cour Européenne des Droits de l’Homme...”, p. 333 e ss.

<sup>1636</sup> Dec. de 02/05/1997, *D. c. Reino Unido*, queixa n.º 30240/96.

<sup>1637</sup> Assim, na dec. de 06/02/2001, no caso *Bensaid c. Reino Unido*, queixa n.º 44599/98, o Tribunal considerou que o art. 3.º não seria violado com a expulsão de um estrangeiro para a Argélia, pois embora este sofresse de graves problemas de saúde, o país de destino dispunha de cuidados médicos adequados.

<sup>1638</sup> Dec. de 27/09/2005, *Hukic c. Suécia*, queixa n.º 17416/05, e dec. de 17/01/2006, *Aoulmi c. França*, queixa n.º 50278/99.

<sup>1639</sup> Assim, a dec. de 15/02/2000, no caso *S.C.C. c. Suécia*, queixa n.º 46553/99. No caso, uma cidadã nacional da Zâmbia infetada com HIV pretendia regressar à Suécia, onde havia residido como esposa de um diplomata. Tendo o pedido sido rejeitado, a recorrente invocou que, devido ao seu estado de saúde, tinha existido violação do art. 3.º da CEDH. O TEDH não considerou a queixa admissível, uma vez que havia tratamentos adequados na Zâmbia e a recorrente tinha aí família e amigos que a podiam auxiliar. Assim, o TEDH considerou que dificilmente se podia considerar que a Suécia tinha alguma responsabilidade em providenciar-lhe tratamento médico.

<sup>1640</sup> Dec. de 27/05/2008, *N. c. Reino Unido*, queixa n.º 26565/05.

<sup>1641</sup> Dec. de 16/04/2013, *Aswat c. Reino Unido*, queixa n.º 17299/12. O recorrente invocava que a extradição para os EUA levaria a uma considerável degradação da sua saúde, visto que sofria de esquizofrenia paranoide e seria sujeito a um longo período de detenção antes do julgamento numa prisão de alta segurança.

Assim, em princípio, os estrangeiros não podem reivindicar um direito a permanecer no território de acolhimento para poderem continuar a usufruir de assistência médica ou social mais favorável<sup>1642</sup>. O simples risco de degradação do estado de saúde, ou mesmo de redução da esperança de vida, não são suficientes para, por si só, acarretarem violação do art. 3.º. Como refere a *Corte Costituzionale* italiana no seu estudo sobre tratamento de estrangeiros pela jurisprudência do TEDH, o progresso da medicina e as diferenças sócio-económicas entre os países fazem com que o nível de tratamentos disponíveis no Estado de acolhimento e no Estado de origem possam divergir consideravelmente. Assim, o art. 3.º da CEDH não pode ser interpretado no sentido de obrigar o Estado de acolhimento a colmatar tais disparidades através da proibição de expulsar estrangeiros que se encontrem a beneficiar dos seus serviços de saúde<sup>1643</sup>. O mesmo se diga, de resto, no que toca à diferença de condições sociais e económicas. O TEDH tem afirmado que, por exemplo, uma situação de pobreza generalizada, ou de falta de recursos no país de destino não atinge o grau de gravidade suficiente para que uma expulsão para o mesmo consista uma violação do art. 3.º da CEDH<sup>1644</sup>. De qualquer forma, o TEDH, já considerou que, em situações em que relevam considerações humanitárias prementes, a falta de condições sociais e económicas no país de destino pode acarretar violação do art. 3.º da CEDH<sup>1645</sup>. Pode ocorrer um desses casos quando a privação dos referidos direitos seja resultado de ações deliberadas por parte dos Estados de destino<sup>1646</sup>.

Podem ainda estar abrangidos pela proteção do art. 3.º os estrangeiros que se encontrem impedidos de viajar devido a condição física<sup>1647</sup>, bem como os casos de sucessivas expulsões de estrangeiros, que, por exemplo, não têm nenhum país que esteja disposto a recebê-los<sup>1648</sup>.

Finalmente, a própria forma de levar a cabo a expulsão pode consubstanciar um tratamento contrário ao art. 3.º CEDH<sup>1649</sup>. Estará nessa situação o recurso desnecessário à

---

<sup>1642</sup> V. ainda dec. de 24/06/2003, *Arçila Henao c. Holanda*, queixa n.º 13669/03, dec. de 22/06/2004, *Ndangoya c. Suécia*, queixa n.º 1768/03, dec. de 29/01/2013, *S.H.H. c. Reino Unido*, queixa n.º 60367/10, e as recentes dec. de 14/04/2015, *Tatar c. Suíça*, queixa n. 65692/12, dec. de 30/06/2015, *A.S. c. Suíça*, queixa n. 39350/13.

<sup>1643</sup> Assim, a dec. de 27/05/2008, *N. c. Reino Unido*, queixa n.º 26565/05.

<sup>1644</sup> *Idem*. O TEDH tem afirmado, nesta sequência, que a CEDH se destina principalmente a garantir direitos civis e que não incumbe aos Estados-Parte a responsabilidade por aliviar as várias disparidades socioeconómicas entre os países do mundo. Assim, v. dec. de 29/01/2013, *S.H.H. c. Reino Unido*, queixa n.º 60367/10.

<sup>1645</sup> *S.H.H. c. Reino Unido*, queixa n.º 60367/10.

<sup>1646</sup> Assim, a dec. de 21/01/2011, *M.S.S. c. Bélgica e Grécia*, queixa n.º 30696/09. Neste caso, o TEDH considerou que a Grécia tinha violado o art. 3.º por ter permitido a um requerente de asilo viver em condições de extrema pobreza no país. Também a Bélgica foi considerada responsável, pelo facto de ter procedido à transferência do estrangeiro em causa para a Grécia.

<sup>1647</sup> Sobre este aspeto, v. mais detalhadamente, JOÃO MADUREIRA, “La Jurisprudence...”, p. 165.

<sup>1648</sup> Assim o considerou a ComEDH na dec. de 17/07/1980, *Giama c. Bélgica*, queixa n.º 7612/76. No caso, o recorrente invocava possuir a nacionalidade sul-africana, mas não conseguia sair da Bélgica por não possuir quaisquer documentos de identidade ou de viagem válidos. Foi a ComEDH que, oficiosamente, levantou a questão sobre se a situação do recorrente, resultante de várias medidas tomadas pelas autoridades belgas tendentes à sua expulsão, poderia corresponder a um tratamento desumano ou degradante. YVES MADIOT apelida este fenómeno de «expulsões ping-pong». Cf. “Un Statut Européen ...”, p. 54. V. ainda a dec. de 05/03/1986, *Harabi c. Holanda*, queixa n.º 10798/84, em que a ComEDH considerou a queixa inadmissível, pois o próprio recorrente havia dificultado a efetivação da expulsão. Sobre este ponto, v. NICHOLAS BLAKE & RAZA HUSAIN, *Immigration, Asylum...*, p. 75 e DAVID WEISSBRODT, *The Human Rights of Non Citizens...*, p. 59.

<sup>1649</sup> Assim, a dec. da ComEDH de 11/10/1973, *Amekran c. Reino Unido*, queixa n.º 5961/72.

força ou a privação de liberdade de movimentos do expulsando<sup>1650</sup>. Nestes casos, os tratamentos contrários são praticados durante o procedimento de expulsão, pelas próprias autoridades do Estado expulsante. Assim, o art. 3.º oferece aí uma proteção direta contra a medida de expulsão, já que é a própria forma de execução desta, pelo Estado expulsante, que constitui em si um trato desumano, independentemente do tratamento que o estrangeiro receba no país de destino. Foi essa a decisão do TEDH num caso de expulsão de uma menor desacompanhada, de cinco anos de idade, em razão da angústia que uma medida de detenção, seguida de expulsão para o país de origem, causou quer à criança, quer à mãe da mesma<sup>1651</sup>. O TEDH afirmou que a expulsão de um menor não acompanhado apenas é legítima se os Estados designarem uma pessoa que o assista durante a viagem e assegurem que o mesmo é adequadamente recebido no país de origem.

Uma situação que fica a “meio caminho” mas que foi reconhecida poucas vezes é ainda a situação em que, independentemente de existir risco de sujeição a tratamentos contrários ao art. 3.º, a mera possibilidade de isso vir a ocorrer cause ao estrangeiro angústia e sofrimentos tais que a aplicação de uma medida de expulsão consubstanciará, por si só, uma medida contrária a essa norma<sup>1652</sup>. Esse poderá ser o caso de um estrangeiro que já tenha sofrido esse tipo de tratamentos no país de destino e não consiga demonstrar de forma substancial que corre o risco de voltar a incorrer nos mesmos, provocando a simples ideia de voltar “ao país da tortura” um sofrimento tal que possa, em si mesmo, ser qualificado como tratamento desumano ou degradante<sup>1653</sup>.

Em suma, pode dizer-se, com FREDERIC SUDRE, que o Estado está impedido de proceder a expulsões que coloquem o expulsando em condições contrárias à dignidade humana<sup>1654</sup>, embora o TEDH continue a afirmar que a decisão de expulsão de um estrangeiro apenas acarreta violação do art. 3.º da CEDH em casos excepcionais, em razão de «considerações humanitárias imperiosas»<sup>1655</sup>.

#### 1.1.6. Condições para a proteção

Importa averiguar quais as condições exigidas pelo TEDH para estender a proteção conferida pelo art. 3.º da CEDH aos casos de expulsão de estrangeiros.

Em primeiro lugar, o TEDH considera suficiente existir um *risco* de o estrangeiro poder ser sujeito a tortura, a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes, para mobilizar a proibição prevista no art. 3.º da CEDH. Trata-se de uma exceção à regra geral de que os órgãos de garantia da CEDH não controlam violações meramente “virtuais” da

---

<sup>1650</sup> V., para este último caso, a dec. de 07/06/2007, *Garabaiiev c. Rússia*, queixa n.º 38411/02 e a dec. de 31/07/2012, *Mahmundi e outros c. Grécia*, queixa n.º 14902/10.

<sup>1651</sup> Dec. 12/10/2006, *Mubilanžila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Bélgica*, queixa n.º 13178/03.

<sup>1652</sup> Dec. da ComEDH de 24/05/1974, *I.B. c. República Federal da Alemanha*, queixa n.º 6242/73.

<sup>1653</sup> O TEDH não conferiu proteção num caso em que um dos estrangeiros expulsandos se encontrava precisamente numa situação como essa, sofrendo de *stress* pós-traumático. Assim, a decisão de 20/03/1991 no já referido caso *Cruz Varas*.

<sup>1654</sup> FREDERIC SUDRE, *Droit Européen...*, p. 605.

<sup>1655</sup> Dec. de 06/02/2001, *Bensaid c. Reino Unido*, queixa n.º 44599/98.

Convenção<sup>1656</sup>. De outra forma, face à natureza irreversível dos danos provocados pelos tratamentos proibidos por essa norma, a proteção oferecida ao estrangeiro seria ineficaz e, assim, atentaria contra o espírito da CEDH de proteção efetiva dos direitos garantidos<sup>1657</sup>. Como refere RALF ALLEWELDT, o único grau de proteção efetivo contra a sujeição a tratamentos contrários ao art. 3.º é a «prevenção» dos mesmos<sup>1658</sup>. Assim, a efetividade da garantia do art. 3.º da CEDH reside precisamente no facto de ela poder paralisar um procedimento de expulsão, afastamento ou extradição em curso. Neste sentido, o TEDH referiu que um Estado contratante agiria de forma contrária ao «património comum de tradições políticas, de respeito da liberdade e de proeminência do direito, aos quais se refere o preâmbulo da CEDH, se remetesse de forma consciente uma pessoa para outro Estado, onde seria sujeita a tortura ou a penas e tratamentos desumanos e degradantes»<sup>1659</sup>.

Apesar de se bastar com a existência de um “risco” de sujeição aos tratamentos em causa, o TEDH exige, porém, a existência de «motivos substanciais» («*substantial grounds*») para crer que o indivíduo será sujeito aos mesmos<sup>1660</sup>. O risco tem de ser *real*, e não uma mera possibilidade vaga. Os «motivos substanciais», por seu turno, têm de se basear em *factos*, e não em meras suposições. Exige-se, assim, àquele que alega o risco de sujeição a tratamentos contrários ao art. 3.º, um mínimo de prova em apoio das suas alegações<sup>1661</sup>. Essas provas podem consistir na existência de fatos infligidos previamente ao recorrente. O TEDH pode ainda ter em conta vários elementos, nomeadamente a informação fornecida por relatórios independentes realizados, por exemplo, por organizações de defesa dos direitos humanos<sup>1662</sup>. O TEDH avalia as provas através de um critério de dúvida razoável, que exige a existência de factos suficientemente fortes, claros e coerentes<sup>1663</sup>.

<sup>1656</sup> O TEDH sublinha a excecionalidade de proteção conferida neste contexto, precisamente por se bastar com um risco de violação de um dos direitos mencionados na CEDH. V., entre outros, a já citada dec. de 12/04/2005, no caso *Chamaiev*. Sobre este aspeto, v. FRANÇOIS RIGAUX, “L’Immigration...”, p. 717.

<sup>1657</sup> Assim, PAULO MANUEL ABREU DA SILVA COSTA, “A Protecção dos Estrangeiros...”, p. 519, FRÉDÉRIC SUDRE, *Droit Européen...*, p. 599.

<sup>1658</sup> RALF ALLEWELDT, “Protection Against Expulsion...”, p. 366.

<sup>1659</sup> V. dec. de 16/02/2001, *Einhorn c. França*, queixa n.º 71555/01.

<sup>1660</sup> Tem-se assinalado, porém, que, ao contrário da ComEDH, que exigia um risco “sério”, o TEDH não exige uma “probabilidade particularmente elevada” desse risco suceder. Veja-se, a título de exemplo, as decisões da ComEDH de 12/01/1991, *A. c. F.c. Turquia*, queixa n.º 14401/88, e de 14/10/1991, *R. c. Dinamarca*, queixa n.º 16381/90. No caso *Soering*, o TEDH assinalou inclusivamente que não era *certo* que o recorrente fosse condenado à pena de morte. O TEDH bastou-se assim, com um risco real de aplicação dessa pena. RALF ALLEWELDT refere que, ao ter escolhido adotar a expressão “risco” ao invés de “perigo”, como o faz a Convenção das N.U. para Prevenção da Tortura, a CEDH pretendeu fixar um grau de proteção menos exigente. Cf. “Protection Against Expulsion”, p. 366.

<sup>1661</sup> Dec. da ComEDH 05/09/1994, *H. c. Suécia*, queixa n.º 22408/93, dec. do TEDH de 26/06/2005, *N. c. Finlândia*, queixa n.º 38885/02.

<sup>1662</sup> Assim, dec. de 26/04/2005, *Muslim c. Turquia*, queixa n.º 53566/99, dec. de 20/02/2007, *Al-Moayad c. Alemanha*, queixa n.º 35865/03. O TEDH tem considerado que determinados relatórios não são fiáveis quando as fontes de informação são desconhecidas e as conclusões incompatíveis com outras informações credíveis. Sobre este ponto, v. AGÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA PARA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS & CONSELHO DA EUROPA, *Manual de Legislação Europeia...*, p. 78 e ss.

<sup>1663</sup> Assim, a já citada dec. de 12/04/2005, no caso *Chamaiev*.



Para além do mais, o risco tem de ser *atual*. Em princípio, o momento tido em conta para a avaliação do referido risco será o da execução da medida de expulsão<sup>1664</sup>.

Apesar de o TEDH se bastar apenas com um *risco* de sujeição a tratamentos contrários ao art. 3.º da CEDH, o mau trato previsível deve ter um *nível mínimo de gravidade*<sup>1665</sup>.

A apreciação da gravidade do tratamento depende das circunstâncias do caso, como a natureza ou o contexto do tratamento ou punição, a forma e método de execução, a sua duração, os seus efeitos físicos e psíquicos na vítima, bem como o sexo, idade e estado de saúde desta<sup>1666</sup>. Note-se, porém, que, no caso *Tomasi c. França*, o TEDH considerou que os tratamentos infligidos, consistentes em castigos corporais durante interrogatórios longos, durante os quais o recorrente se encontrava detido, eram, só por si, objetivamente graves para poderem constituir tratamentos contrários ao art. 3.º da CEDH, independentemente de outros fatores ligados quer à vítima, quer ainda ao Estado recorrido<sup>1667</sup>.

Para aferir da gravidade do tratamento pode ainda ter-se em conta as características sociais e políticas do país de destino. No entanto, este fator atua de forma dúbia. De facto, por vezes o TEDH refere que se exige que o tratamento a infligir ao estrangeiro se destaque de uma situação de violência generalizada<sup>1668</sup>. Outras vezes, afirma que não se exige uma *personalização* do risco sofrido pelo recorrente. Em alguns casos o TEDH considerou que, sendo os maus tratos sistemáticos no país, mesmo que o expulsando não corra um risco qualificado em relação aos demais cidadãos e habitantes do mesmo, ainda assim poderia ser protegido<sup>1669</sup>. Esse poderá ser o caso, por exemplo, de um membro de um grupo que seja sistematicamente

---

<sup>1664</sup> Assim, a já citada dec. de 15/11/1996, no caso *Chahal*, e ainda a dec. de 17/02/2004, *Venkadajalasarma c. Holanda*, queixa n.º 58510/00.

<sup>1665</sup> Nas dec. de 28/06/2012, *A.A. e outros c. Suécia*, queixa n.º 14499/09 e de 27/06/2013, *D.N.M. c. Suécia e S.A. c. Suécia*, queixas n.º 28379/11 e 66523/10, o TEDH considerou que os tratamentos não alcançavam o grau de gravidade suficiente. No primeiro caso, o TEDH considerou que o afastamento para os respetivos países de origem, onde os recorrentes sofriam um risco de serem perseguidos por terem cometido “crimes de honra” não constituía um tratamento contrário ao art. 3.º da CEDH. No primeiro caso, tratava-se de uma mãe e de filhos provenientes do Iémen, que invocavam ter desobedecido ao respetivo marido / pai, por terem saído do território de origem sem autorização deste. No segundo caso, os requerentes alegavam que, se expulsos para o Iraque, seriam sujeitos a “crime de honra” por se terem envolvido com mulheres sem a aprovação das respetivas famílias.

<sup>1666</sup> Assim, a dec. de 10/07/2001, *Price c. Reino Unido*, queixa n.º 33394/96, dec. de 14/11/2002, *Monisel c. França*, queixa n.º 67263/01, e mais, recentemente, dec. de 11/07/2006, *Jalloh c. Alemanha*, queixa n.º 54810/00. Sobre o peso destes critérios na análise do TEDH, v. JOÃO MADUREIRA, “La Jurisprudence...”, p. 158.

<sup>1667</sup> Dec. de 27/08/1992, *Tomasi c. França*, queixa n.º 12850/87.

<sup>1668</sup> Assim, a já referida decisão de 30/10/1991, *Vihharajah* e, ainda, dec. de 31/05/2001, *Fatgan Katani e outros c. Alemanha*, queixa n.º 67/679/01. O TEDH considerou que a situação pessoal dos interessados não era pior que a da generalidade dos jovens do sexo masculino da comunidade em causa no Sri Lanka. Para uma crítica desta jurisprudência, em particular em relação ao caráter absoluto do art. 3.º, v. SYMÉON KARAGIANNIS, “Expulsion des Étrangers...”, p. 56. O autor critica ainda o critério “quantitativo” que preside à exclusão da proteção dos estrangeiros nestes contextos, referindo que esse critério leva ao paradoxo de se concluir que quanto em maior número sejam as vítimas dos maus tratos, menos possibilidade haverá de elas se prevalecerem do art. 3.º da CEDH.

<sup>1669</sup> Assim, a já citada decisão da Com EDH de 16/03/1990, *M. c. Suécia*. V., ainda as seguintes recentes decisões do TEDH: a dec. de 28/06/2011, *Sufi e Elmi c. Reino Unido*, queixas n.º 8319/07 e 11449/07, dec. de 18/09/2012, *Umirov c. Rússia*, queixa n.º 17455/11, a dec. de 05/02/2013, *Zokhidov c. Rússia*, queixa n.º 67286/10, e a dec. de 20/06/2013, *Sidikory c. Rússia*, queixa n.º 73455/11.

sujeito a maus-tratos<sup>1670</sup>. Mais recentemente, o TEDH referiu que tal proteção apenas deveria valer nos casos de violência geral *mais extrema*<sup>1671</sup>.

O estrangeiro tem, porém, de demonstrar que corre riscos reais de ser submetido a tais tratamentos. O TEDH tem considerado que o ónus da prova se pode inverter nos casos em que o estrangeiro já foi anteriormente vítima desses tratatos<sup>1672</sup>. No entanto, uma melhoria das condições gerais do país de destino, no que toca ao respeito pelos direitos humanos, pode ser tida em conta como um fator que demonstra a inexistência de risco de sujeição a tratamentos proibidos pelo art. 3.<sup>o</sup><sup>1673</sup>.

Nos casos de extradição, será ainda tido em conta o procedimento, as garantias, bem como a pena a que o estrangeiro ficará sujeito no Estado requerente.

Para aferir da violação do art. 3.<sup>o</sup>, o TEDH deve ter em conta as circunstâncias de que o Estado tinha conhecimento ou de que deveria ter conhecimento no momento da aplicação da medida<sup>1674</sup>. Não obstante, o juiz europeu já afirmou que não estava impedido de ter em consideração informações fornecidas mais tarde, quer para os efeitos de suportar os argumentos do recorrente, quer do Estado recorrido<sup>1675</sup>. A análise da situação pode ainda ser feita após a expulsão e, eventualmente, após a consumação dos maus tratos<sup>1676</sup>.

### 1.1.7. Natureza absoluta da proteção

Por fim, há que sublinhar que o art. 3.<sup>o</sup> da CEDH consagra um direito absoluto. Isso significa que esse direito não é passível de restrições por nenhum motivo. E assim é, porque se considera que o mesmo consagra um dos valores essenciais da sociedade democrática<sup>1677</sup>. É hoje entendimento que a tortura e os tratamentos desumanos e degradantes não têm qualquer justificação à luz do direito internacional dos direitos humanos, sejam quais forem as circunstâncias que os possam justificar – mesmo se estiver em causa uma reação a um

---

<sup>1670</sup> Assim, na dec. de 11/01/2007, *Salah Sheek c. Holanda*, queixa n.º 1948/04, em que o recorrente e a família tinham sido alvo de maus-tratos por pertencerem a um grupo minoritário, não dispondo de meios para se protegerem.

<sup>1671</sup> Dec. de 21/07/2015, *H.S. e outros c. Chipre*, queixa n. 41753/10

<sup>1672</sup> Dec. de 09/03/2010, *R.C. c. Suécia*, queixa n.º 41827/07. No entanto, este entendimento parece ter sido revertido na dec. de 06/12/2013, *D.N.W. c. Suécia*, queixa n.º 29946/10. Para desenvolvimentos sobre este caso, v. DIEGO BOZA MARTÍNEZ, *Derecho de Extranjería* ..., p. 283.

<sup>1673</sup> Assim, os já citados casos *Cruz Varas* e *Viharajah*, em que o TEDH atendeu às mudanças significativas ocorridas no Chile e Sri Lanka, respetivamente, de forma a considerar que não existiam razões substanciais para crer que os estrangeiros corriam um risco de real de ser sujeitos novamente aos maus-tratos do passado. A melhoria das condições do país de destino foram ainda determinantes em várias decisões recentes respeitantes a expulsões feitas pela Suécia para o Iraque (v. por exemplo, a dec. de 27/06/2013, *A.G.A.M. c. Suécia*, queixa n.º 71680/10), e uma decisão em relação a uma expulsão para o Afeganistão (dec. de 29/01/2013, *S.H.H. c. Reino Unido*, queixa n.º 60367/10). Para um comentário destes casos, v. DIEGO BOZA MARTÍNEZ, *Derecho de Extranjería* ..., p. 283 e ss.

<sup>1674</sup> Para mais desenvolvimentos sobre este aspeto, v. SYMÉON KARAGIANNIS, “Expulsion des Étrangers...”, p. 41 e ss.

<sup>1675</sup> Assim, a dec. no já citado caso *Cruz Varas*.

<sup>1676</sup> Assim, a dec. de 07/12/1989, *Mansi c. Suécia*, queixa n.º 15658/89, em que a Suécia chegou a acordo com o recorrente após este ter sido expulso e torturado na Jordânia.

<sup>1677</sup> FREDERIC SUDRE, *Droit Européen*..., p. 304.

perigo público que ameace a vida da Nação, como o terrorismo ou o crime organizado<sup>1678</sup>. Esse foi um entendimento desde cedo sublinhado pela ComEDH, que referiu o caráter absoluto deste direito, bem como o facto de não ser derogável nos termos do art. 15.º, n.º<sup>1679</sup>.

Os primeiros casos decididos pelo TEDH deixaram algumas dúvidas, já que no *leading case Soering*, o TEDH realizou um juízo de proporcionalidade entre os interesses da sociedade e do indivíduo. No entanto, esse juízo teve como objetivo aferir se a punição em causa atingia um *nível de gravidade* que pudesse elevá-la a “tratamento desumano ou degradante”, e não aferir se a mesma era justificada. O caráter absoluto da proteção oferecida pelo art. 3.º da CEDH foi claramente assumido no contencioso da imigração, no caso *Chahal*, em que o TEDH afirmou que a proteção conferida pelo art. 3.º da CEDH é igualmente absoluta nos casos de expulsão<sup>1680</sup>. Estava aí em causa o afastamento para Índia de um estrangeiro que defendia o separatismo Sikh, e que invocava que a sua integridade física seria posta em risco. A expulsão era motivada pela salvaguarda da segurança nacional, mas o TEDH considerou que nenhum motivo invocado pelo Estado expulsante poderia precluir o caráter absoluto da proteção conferida pelo art. 3.º. Esse entendimento foi sido seguido nos arestos posteriores, em particular no caso *Ahmed c. Áustria*<sup>1681</sup>, e no caso *Chamaïev*, onde se reafirmou a natureza absoluta da proteção em caso de luta contra o terrorismo<sup>1682</sup>. A constatação de violação do art. 3.º é independente da realização de qualquer juízo de proporcionalidade entre os direitos do expulsando, a conduta do mesmo e a salvaguarda de interesses públicos. Assim, os factos cometidos pelo recorrente ou o perigo que ele possa consubstanciar para a sociedade de acolhimento são irrelevantes, não podendo o mesmo ser expulso, por mais grave que sejam esses factos ou perigo, para um país onde corra o risco de ser sujeito a tratamentos contrários ao art. 3.º.

O TEDH teve oportunidade de referir que estava ciente das dificuldades enfrentadas pelos Estados para proteção das suas comunidades, nomeadamente no que toca à luta contra o terrorismo<sup>1683</sup>. Porém, mesmo tendo em conta esses fatores, havia que ter em consideração que a CEDH proíbe de *forma absoluta* o tratamento contrário ao art. 3.º. Nestes termos, a proteção concedida pelo art. 3.º da CEDH acaba por ser mais ampla que a conferida pela Convenção relativa ao Estatuto de Refugiados, cujo n.º 2 do art. 33.º permite afastar a proibição de repulsão se existirem razões sérias para se considerar que o refugiado representa um perigo para a segurança do país onde se encontra ou se este, tendo sido objeto de uma

---

<sup>1678</sup> IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, p. 86.

<sup>1679</sup> Assim, a já referida dec. de 12/03/1984, *Kirkwood*. Sobre este aspeto, v. ainda STEVE PEERS, “Immigration, Asylum and the European Union Charter...” (2012), p. 453.

<sup>1680</sup> Dec. de 15/11/1996, *cit.* Não obstante, vários juízes emanaram declarações de voto, manifestando-se a favor de uma relativização da proteção oferecida pelo art. 3.º, nos casos de “aplicação extraterritorial da CEDH”, como seriam os presentes, defendendo que aí o Estado deveria ser admitido a ponderar, por um lado, a natureza da ameaça que a pessoa em causa representaria para a segurança nacional do país de acolhimento, e, por outro, a gravidade do risco potencial de maus tratos a que o recorrente poderia ser sujeito no país de destino.

<sup>1681</sup> Dec. de 17/12/1996, *Ahmed c. Áustria*, queixa n.º 25964/94.

<sup>1682</sup> V., recentemente, a dec. de 28/02/2008, *Saadi c. Itália*, queixa n.º 37201/06, a dec. de 20/05/2010, *Khaydarov c. Rússia*, queixa n.º 21055/09 e a dec. de 30/05/2013, *Rafaa c. França*, queixa n.º 25393/10. Em todos estes casos o TEDH analisou a alegada violação do art 3.º em caso de aplicação de medidas de extradição e expulsão de estrangeiros para países em que os mesmos eram procurados por pertencerem a organizações terroristas.

<sup>1683</sup> Dec. de 12/04/2005, *Chamaïev*.

condenação definitiva por crime particularmente grave, constituir uma ameaça para a comunidade do país<sup>1684</sup>.

## 1.2. OUTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A jurisprudência do TEDH no que toca ao reconhecimento de proibições de expulsão quando está em causa a necessidade de proteção do estrangeiro contra a sujeição a tratamentos contrários ao art. 3.º da CEDH, tem sido um exemplo para outros organismos internacionais. De facto, são vários os demais instrumentos de direito internacional que consagram a proibição de tortura, de tratamentos desumanos e degradantes e que, por essa via, têm vindo também a permitir uma proteção de direitos de imigração.

### 1.2.1. Decisões do Comité dos Direitos Humanos das Nações Unidas

Algumas comunicações individuais ao Comité dos Direitos Humanos das Nações Unidas têm-se debruçado sobre o respeito pelo art. 7.º do PIDCP no que toca a decisões de expulsão de indivíduos para países onde exista risco de submissão a tortura ou a tratamentos desumanos e degradantes. Nos termos dessa norma, «ninguém será submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (...)».

A norma em causa tem sido, de facto, interpretada pelo Comité como proibindo a expulsão nos casos em que existe risco destes tratamentos. Na linha da proteção derivada desenvolvida pelos órgãos de garantia da CEDH, o Comité adotou também o entendimento de que, embora o Pacto não disponha de disposições específicas sobre extradição ou expulsão, contém normas que podem ser violadas com uma aplicação dessas medidas<sup>1685</sup>. Assim, na decisão *Kindler c. Canadá*, o Comité afirmou que se um Estado enviava um indivíduo para um país em que um direito protegido pelo PIDCP era violado, seria o próprio Estado extraditante que violaria o Pacto. A violação do Pacto ocorreria mesmo que a sujeição a esse tratamento apenas ocorresse posteriormente, por constituir uma consequência certa do envio do estrangeiro para o Estado que praticaria o referido trato<sup>1686</sup>.

No entanto, apesar de ter em conta a jurisprudência *Soering* do TEDH, em vários casos o Comité acabou por adotar uma perspetiva mais restritiva que a do TEDH<sup>1687</sup>. Assim, não

---

<sup>1684</sup> Neste sentido, tem-se referido que as limitações previstas nessa Convenção em relação ao princípio do *non refoulement* são incompatíveis com o art. 3.º da CEDH. Assim, ANNE LISE DUCROQUETZ, *L'Expulsion des Étrangers...*, p. 197.

<sup>1685</sup> Assim, também num caso relativamente a um refugiado, a dec. de 02/04/1990, *Torres c. Finlândia*, comunicação n.º 291/1988.

<sup>1686</sup> Dec. de 30/07/1993, *Joseph Kindler c. Canada*, n.º 470/1991. Sobre este ponto, v. ROSALYN HIGGINS, “Extradition, the Right to Life...”, p. 610.

<sup>1687</sup> Assim, a paradigmática dec. *Kindler c. Canada*, *cit.* No caso, o Comité apreciou a legitimidade de uma medida de extradição, feita pelo Canadá para os Estados Unidos, quando havia a possibilidade de ser aplicada ao extraditando pena de morte. O Canadá não fez quaisquer diligências no sentido de garantir que essa pena não seria aplicada. No entanto, o Comité dos Direitos Humanos considerou que, *in casu*, o Estado extraditante não tinha violado o art. 7.º, pois essa disposição deveria ser lida em conjunto com as demais disposições do Pacto – em particular, o art. 6.º, n.º2, que não proíbe a pena de morte, pelo que, a aplicação da pena de morte, em si,

concedeu proteção nos casos de extradição para aplicação de pena de morte. O Comité apoiou-se, por um lado, no facto de o PIDCP não proibir a pena de morte, na consideração de que a detenção dos condenados no corredor da morte era uma consequência inevitável da própria condenação à morte e, por fim, que não era conveniente encorajar o Estado a executar rapidamente uma pena de morte.

Não obstante, a decisão foi já diferente num caso em que um Estado pretendeu expulsar ou extraditar uma pessoa para um país em que a *própria forma de execução* da pena poderia ser considerada um tratamento contrário ao art. 7.º do PIDCP (pena de morte por asfixia)<sup>1688</sup>.

No caso *A.R.J.C. c. Austrália*<sup>1689</sup>, o Comité afirmou que um Estado apenas violaria o art. 7.º do PIDCP por força de tratamentos infligidos a um indivíduo *por outro Estado* nos casos de violação dos «direitos mais fundamentais» e não num caso de simples violação de garantias relativas a justiça procedimental. O Comité não densificou o que deveria entender por «direitos mais fundamentais».

A atividade do Comité dos Direitos Humanos sofreu uma evolução semelhante à do TEDH. Surgiu inicialmente apenas sobre casos de extradição, e foi depois estendida aos casos de proteção contra o *non refoulement*<sup>1690</sup>. Mais tarde, o Comité decidiu também que uma pessoa não poderia ser reenviada para um país onde a sua doença – causada no todo ou em parte pela violação dos direitos humanos por parte desse Estado – não pudesse ser tratada. Tal foi a decisão num caso contra a Austrália, em que se discutiu da legitimidade da expulsão de um iraniano com problemas de saúde mental para um país onde não teria acesso aos cuidados médicos necessários<sup>1691</sup>.

Tal como o TEDH, o Comité aponta para um entendimento absoluto da proteção conferida pelo art. 7.º. De facto, o Comité não se refere à *conduta do recorrente*, mas apenas à *natureza do tratamento infligido*. Por seu turno, a determinação do que constitui um tratamento desumano ou degradante depende de várias circunstâncias, como a duração e modalidades do mesmo, as consequências físicas e psicológicas que o mesmo pode acarretar, bem como o sexo, idade, e estado de saúde do recorrente<sup>1692</sup>. Neste contexto importa lembrar que mesmo que a pena em si, abstratamente considerada, não possua natureza desumana ou degradante, a sua execução pode revestir essa natureza, pelo que, em alguns casos, a crueldade e desumanidade da pena deslocam-se da natureza desta para o tempo e para o modo do seu

---

não poderia ser considerada um tratamento desumano ou degradante. Esta decisão foi acompanhada por vários votos de vencido. V. ainda, no mesmo sentido, a dec. de 06/04/1989, *Pratt e Morgan c. Jamaica*, comunicação n.º 210/1987, dec. de 18/11/1993, *Barett e Sutcliffe c. Jamaica*, comunicação n.º 271/1988. Para mais desenvolvimentos sobre esta jurisprudência, v. WILLIAM A. SCHABAS, “Le Droit à l’intégrité physique...”, p. 110, ROSALYN HIGGINS, “Extradition, the Right to Life...”, p. 311, NEJIB BOUZIRI, *La Protection des droits Civils et Politiques...*, p. 256 e ss.

<sup>1688</sup> Dec. de 07/01/1994, *Chitat Ng c. Canada*, comunicação n.º 469/1991. O Comité considerou que o Canadá deveria ter efetuado diligências no sentido de que a execução da pena de morte por asfixia não era aplicada ao extraditando.

<sup>1689</sup> Dec. de 28/07/1997, *A.R.J. c. Austrália*, comunicação n.º 692/1996.

<sup>1690</sup> *A.R.J. c. Austrália*, cit. Apesar de considerar que, no caso em concreto, o estrangeiro não incorria no risco de ser sujeito a tratamentos contrários ao art. 7.º do Pacto, considerou que a jurisprudência em matéria de extradição era transponível para os casos de expulsão. A dec. de 04/12/1997, *G.T. c. Austrália*, comunicação n.º 706/1996, apresentou contornos semelhantes. V. ainda a dec. de 18/03/2010, *Hamida c. Canadá*, comunicação n.º 1544/2007 e dec. de 25/03/2011, *Pillai e outros c. Canadá*, comunicação n.º 1763/2008.

<sup>1691</sup> Dec. de 28/10/2002, *C. c. Austrália*, comunicação n.º 900/1999.

<sup>1692</sup> V., neste sentido, a dec. de 14/06/2004, *Abani c. Canadá*, comunicação n.º 1051/2002.

cumprimento<sup>1693</sup>. No entanto, determinados tratamentos constituem *a se*, e objetivamente considerados, tratamentos contrários ao art. 7.<sup>o</sup><sup>1694</sup>.

As decisões do Comité dos Direitos Humanos sobre proibição de aplicação de medidas de afastamento em caso de violação do art. 7.<sup>o</sup> do PIDCP foram reforçadas pelos Comentários Gerais ao Pacto. No Comentário Geral n.º 20, o Comité referiu que os Estados-Parte não deviam expor indivíduos ao risco de sujeição a tortura ou a tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes em caso de afastamento para outro país por extradição, expulsão ou *refoulement*<sup>1695</sup>. Mais recentemente, no Comentário n.º 31, sobre a natureza das obrigações legais gerais impostas aos Estados pelo Pacto, o Comité referiu que a obrigação prevista no art. 2.<sup>o</sup>, de que os Estados devem respeitar e garantir os direitos previstos a todas as pessoas no seu território ou sob a sua jurisdição, comportava a obrigação de não extraditar, deportar, expulsar ou aplicar outra medida que implicasse o afastamento de uma pessoa do seu território quando existissem fundamentos suficientes para acreditar que isso implicaria um risco de danos irreparáveis, quer no país para onde a pessoa seria afastada, quer ainda em qualquer outro país subsequente. Esse entendimento tem ainda sido reiterado nos comentários aos relatórios individuais enviados pelos Estados<sup>1696</sup>.

### 1.2.2. Decisões do Comité contra a Tortura

Por seu turno, a Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes<sup>1697</sup> pode também oferecer proteção neste contexto, sobretudo por estabelecer também um sistema de supervisão internacional, apesar de opcional, através do Comité contra a Tortura.

A jurisprudência do TEDH em relação ao art. 3.<sup>o</sup> da CEDH inspirou o art. 3.<sup>o</sup>, n.º1 da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura<sup>1698</sup>, de acordo com o qual «nenhum Estado Parte expulsará, entregará ou extraditará uma pessoa para um outro Estado quando existam motivos sérios para crer que possa ser submetida a tortura». Para esses efeitos, o n.º2 determina que «as autoridades competentes terão em conta todas as considerações pertinentes, incluindo, eventualmente, a existência no referido Estado de um conjunto de violações sistemáticas, graves, flagrantes ou massivas dos direitos do homem». Note-se que, tal como o art. 3.<sup>o</sup> da CEDH, também a proteção oferecida por este normativo é absoluta<sup>1699</sup>.

---

<sup>1693</sup> Assim A. LABORINHO LÚCIO, “Art. 5.<sup>o</sup>...”.

<sup>1694</sup> Assim, por exemplo, a sujeição de menores a mutilação genital feminina. V. dec. de 25/03/2010, *Kaba c. Canadá*, queixa n.º 1465/2006.

<sup>1695</sup> Comentário Geral n.º 20, *Prohibition of torture, or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, de 30/09/1992: «*States parties must not expose individuals to the danger of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment upon return to another country by way of their extradition, expulsion or refoulement*».

<sup>1696</sup> Comentário Geral n.º 31, *Nature of the General Legal Obligation on States Parties to the Covenant*, de 26/05/2004. Em particular, o Comité sublinhou que as mulheres não deveriam ser afastadas para países onde corressem o risco de ser sujeitas a mutilação genital feminina. Cf. Concluding Observations: Netherlands, U.N.Doc., CCPR/CO/72/NET, (2001).

<sup>1697</sup> Adotada e aberta à assinatura, ratificação e adesão pela resolução n.º 39/46 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 10/12/1984. Foi assinada por Portugal a 04/02/1985, e ratificada através de Decreto do Presidente da República n.º 57/88, de 21 de julho.

<sup>1698</sup> NICHOLAS BLAKE & RAZA HUSAIN, *Immigration, Asylum...*, p. 65.

<sup>1699</sup> HANS DANIELIUS, “Protection Against Torture...”, p. 265.

De facto, e contrariamente ao princípio do *non refoulement* consagrado na Convenção de Genebra, também aqui não se prevê nenhuma ressalva por motivos de ordem pública, segurança nacional ou saúde pública e, nos termos do art. 2.º, n.º1, «nenhuma circunstância excecional, qualquer que seja, quer se trate de estado de guerra ou de ameaça de guerra, de instabilidade política interna ou de outro estado de exceção poderá ser invocada para justificar a tortura»<sup>1700</sup>.

Por outro lado, a proteção oferecida por esta norma também não é inteiramente coincidente com a oferecida pela proibição de *non refoulement* prevista na Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados, já que apenas abrange os casos de perigo de sujeição a tortura, e não outras formas de perseguição individual<sup>1701</sup>. Mas, tal como o art. 3.º da CEDH, protege qualquer estrangeiro ameaçado de medida de expulsão, não necessitando de se provar perigo de *perseguição individual* por um dos motivos taxativamente enumerados na Convenção de Genebra (raça, religião, nacionalidade, pertença a um grupo social determinado ou a determinada opinião política).

A Convenção foi o primeiro instrumento de proteção internacional dos direitos humanos que consagrou uma definição de «tortura»<sup>1702</sup>. Não obstante, o campo de aplicação é mais limitado do que o do art. 3.º da CEDH, já que, nos termos do art. 1.º desta Convenção, «tortura significa qualquer acto por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa com os fins de, nomeadamente, obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissões, a punir por um acto que ela ou uma terceira pessoa cometeu ou se suspeita que tenha cometido, intimidar ou pressionar essa ou uma terceira pessoa, ou por qualquer outro motivo baseado numa forma de discriminação, desde que essa dor ou esses sofrimentos sejam infligidos por um agente público ou qualquer outra pessoa agindo a título oficial, a sua instigação ou com o seu consentimento expresso ou tácito» (sublinhado nosso). Assim, tem-se entendido que o tratamento tem de provir de forma direta ou indireta, das autoridades públicas<sup>1703</sup>. Não obstante, julgamos que o art. 1.º, ao falar na possibilidade de tratamento perpetrado com o consentimento tácito das autoridades públicas permite abranger os casos em que o mesmo é infligido por terceiros, sem que tais autoridades, conhecendo do mesmo, intervenham, por não pretenderem ou não conseguirem fazê-lo. No que toca aos demais atos não considerados *stricto sensu* como tortura, o art. 16.º refere que os Estados se devem comprometer ainda a proibir «quaisquer outros actos que constituam penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes e não sejam actos de tortura».

A Convenção prevê a institucionalização de um comité – o Comité contra a Tortura (CAT)<sup>1704</sup>, que tem, por opção do Estado-Parte, o poder de receber queixas e proferir

---

<sup>1700</sup> O carácter inderrogável do art. 3.º foi confirmado na dec. do CAT de 04/09/2000, *T.P.S. v. Canadá*, comunicação n.º 99/1997.

<sup>1701</sup> DAVID WEISSBRODT, *The Human Rights of Non Citizens...*, p. 60.

<sup>1702</sup> ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, “A prática do Comité da ONU contra a tortura...”, p. 110.

<sup>1703</sup> BENEDITA MAC CRORIE, “A Pena de Morte...”, p. 202, NICHOLAS BLAKE & RAZA HUSAIN, *Immigration, Asylum...*, p. 86, e OHCHR Discussion Paper, “Expulsions of Aliens in International Human Rights Law”, in <http://www2.ohchr.org>, p. 2. De qualquer forma, a noção é mais ampla do que a que constava da Declaração da Assembleia Geral das Nações Unidas de 1975, nos termos da qual se exigia a sujeição a tratamentos que infligissem dor ou sofrimento, físicos ou mentais, graves, intencionalmente por ou através da instigação de um oficial público, com a intenção de obter, dessa pessoa ou de um terceiro, informação ou confissão, castigá-la por um ato que tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido, ou ainda para a intimidar, a ela ou a outras pessoas.

<sup>1704</sup> Sobre o funcionamento do Comité v. ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, “A prática do Comité da ONU contra a tortura...”, p. 113. Como refere este autor, as competências do Comité são principalmente de feição

pareceres sobre a compatibilidade das ações do Estado com a Convenção. Portugal é um dos Estados que aceitou esses poderes do Comité<sup>1705</sup>. Uma parte bastante significativa das queixas apresentadas ao CAT tem versado, precisamente, sobre casos de estrangeiros que recorrem contra decisões de expulsão com base na sujeição a tortura e tratamentos desumanos e degradantes no país de destino, e muitas das decisões concluíram ter existido violação da Convenção<sup>1706</sup>. Esse facto levou o CAT a escrever o seu primeiro comentário geral sobre normas da Convenção. O Comentário Geral n.º 1 do CAT, de 21 de novembro de 1997, especifica quais as considerações o Estado deve ter como relevantes numa situação de afastamento de um estrangeiro para um país onde exista risco de o mesmo ser sujeito a tratamentos contrários à Convenção<sup>1707</sup>. São de ter em conta, em especial, o respeito pelos direitos humanos no Estado de destino, a possível existência de uma situação de sistemática violação dos direitos humanos, a existência, no passado, de tortura ou maus tratos em relação à pessoa em causa<sup>1708</sup>. Não obstante, tal como afirmado pela jurisprudência do TEDH, uma situação de violação generalizada dos direitos humanos no Estado de destino pode não ser suficiente, se não se demonstrar que a pessoa corre um risco pessoal e individualizado de sofrer tratamentos contrários ao art. 3.º. Deve haver, assim, motivos suficientes que demonstrem que o recorrente corre um risco pessoal. O ónus da prova cabe ao expulsando. Por fim, embora o risco deva atingir um nível que ultrapasse o da simples suspeita, não tem de atingir um grau probabilidade alta<sup>1709</sup>.

O CAT emanou a sua primeira decisão sobre violação do art. 3.º em 1994<sup>1710</sup>, em que considerou que a expulsão de um nacional do Zaire violaria a proibição ínsita na norma, já que havia riscos sérios de o indivíduo ser sujeito a tortura. Várias decisões se seguiram neste contexto. Merece especial menção o caso *Paez*, em que o CAT concluiu que a Suécia não podia expulsar um estrangeiro para o Perú, onde a sua vida e integridade física estariam ameaçadas, pelo facto da sua pertença ao Partido comunista peruano. Neste caso existiram decisões não coincidentes por parte do CAT e também dos órgãos de garantia da CEDH<sup>1711</sup>.

---

preventiva, destinadas a fiscalizar se os «Estados se dotaram dos instrumentos legais e do aparato institucional e se asseguraram práticas administrativas de acordo com a Convenção». O autor refere ainda que a competência para apreciação de queixas individuais, prevista no art. 22.º, é muito parca, «tanto pelos pressupostos de que depende, como pelas finalidades com que o procedimento tem sido utilizado».

<sup>1705</sup> Portugal reconheceu a competência do CAT no momento da assinatura da Convenção, a 04/02/1985.

<sup>1706</sup> V., a título de exemplo, a dec. de 15/05/1998, *G.R.B. c. Suécia*, comunicação n.º 83/97, a dec. de 25/05/1999, *Sadiq Shek Elmi c. Austrália*, comunicação n.º 129/98, entre muitas outras. Sobre a jurisprudência abundante do CAT sobre a matéria v., em detalhe, VINCENT CHÉTAIL, “Le Comité des Nations Unies contre la torture...”, p. 268.

<sup>1707</sup> Comentário Geral n.º 1, *Implementation of Article 3 of the Convention in the Context of Article 22 (Refoulement and Communications)*, de 21/11/1997

<sup>1708</sup> Este entendimento foi seguido em decisões do CAT sobre casos concretos, como a dec. 14/11/2000, *AM c. Suíça*, comunicação n.º 180/2001, e a dec. de 30/04/2002, *FFZ c. Canadá*, comunicação n.º 180/2001.

<sup>1709</sup> Assim, a já referida dec. 14/11/2000, *AM c. Suíça*.

<sup>1710</sup> Dec. de 27/04/1994, *Mutombo c. Switzerland*, comunicação n.º 13/1993. Sobre esta decisão, v. ROBERT KOLB, “La Jurisprudence Internationale...”, p. 268.

<sup>1711</sup> Dec. de 08/05/1996, *Gorki Ernesto Tapia Paez c. Suécia*, comunicação n.º 39/1996. Este caso reveste particular importância. Na sequência da decisão do CAT, a Suécia revogou a decisão de expulsão. Não obstante, o estrangeiro recorreu também para a ComEDH, a qual considerou não ter existido violação do art. 3.º da CEDH. Subsequentemente, o TEDH concluiu que o risco de tratamentos contrários ao art. 3.º havia desaparecido na sequência da decisão da Suécia, que autorizara a permanência, assim evitando uma contradição com a jurisprudência do CAT. Sobre o risco de decisões contraditórias neste ponto, v. CARMEN TIBURCIO, *The Human Rights...*, p. 85.



Noutro caso, o Comité considerou que o simples agravamento do estado de saúde de um estrangeiro devido à execução de uma decisão de afastamento não consubstanciaria, só por si, um tratamento proibido pela Convenção<sup>1712</sup>. O CAT tem ainda seguido a jurisprudência do TEDH no que toca às expulsões que só *mediatamente* acarretam violação do art. 3.º. Num caso em que a Suécia pretendia reenviar um cidadão iraquiano para a Jordânia, onde o mesmo não ficaria protegido de ser expulso de volta ao Iraque, o CAT considerou existir só por si, um tratamento contrário ao art. 3.º. Assim, a Suécia tinha a obrigação de não reenviar o interessado nem para o Iraque, nem para a Jordânia<sup>1713</sup>.

### 1.2.3. Outros instrumentos internacionais

Outros atos emanados por outros organismos internacionais têm também dado acolhimento à ideia de proibição de expulsão nos casos em que existe risco de sujeição a tortura ou tratamentos desumanos e degradantes.

No seio do Conselho da Europa, o Comité de Ministros adotou, em maio de 2005, os «vinte princípios directores sobre os procedimentos a observar pelos Estados-Membros no regresso forçado de estrangeiros em situação irregular»<sup>1714</sup>. Nos termos do princípio 2.1., uma decisão de expulsão apenas pode ser tomada após as autoridades do Estado expulsante terem tomado em consideração todas as informações disponíveis de forma a estarem convencidas, na medida do possível, que a medida não irá sujeitar o estrangeiro a um risco real de ser executado ou submetido a tortura ou a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes. O princípio abrange ainda a hipótese de os tratamentos provirem de agentes não estaduais, se o Estados, ou as autoridades que controlam «uma porção substancial do território» (incluindo as organizações internacionais) não garantirem uma proteção eficaz e adequada. Nos termos da alínea c), estão ainda abrangidas as situações que, nos termos do direito internacional ou da legislação nacional, justificariam a concessão de proteção internacional.

A nível europeu cabe ainda referir a Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura e Tratamentos ou Castigos Desumanos ou Degradantes<sup>1715</sup>, cujo objetivo foi a criação de um comité – o comité para a prevenção da tortura, que visa em específico fiscalizar o tratamento conferido a pessoas privadas da liberdade<sup>1716</sup>.

---

<sup>1712</sup> Dec. de 15/05/1998, *G.R.B. c. Suécia*, comunicação n.º 83/1997, e a Dec. de 16/11/2005, *S.S.S. c. Canadá*, comunicação n.º 245/2004.

<sup>1713</sup> Dec. de 16/11/1998, *Avedes Hamayak Korban c. Suécia*, comunicação n.º 88/1997.

<sup>1714</sup> Comité de Ministros do Conselho da Europa, *Twenty Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on Forced Return*, 04/05/2005.

<sup>1715</sup> A Convenção foi aberta para assinatura a 26/11/1987, e entrou em vigor em 01/02/1989. Portugal assinou-a a 26/11/1987. A Convenção foi ratificada pelo Decreto do Presidente da República, n.º 8/90, de 20 de fevereiro. Sobre esta Convenção v. EMMANUEL DECAUX, “Convention Européenne pour la Prévention de la Torture...”, p. 618 e ss.

<sup>1716</sup> Assim, o art. 1.º da Convenção. V. ainda HANS DANIELIUS, “Protection Against Torture...”, p. 266. Sobre o Comité, v. MALCOLM EVANS & ROD MORGAN, “The European Convention for the Prevention of Torture e AA.VV., *La Mise en Œuvre de la Convention Européenne pour la Prévention de la Torture...*

Por fim, a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica<sup>1717</sup> prevê, no art. 61.º que os Estados-Partes tomem as medidas necessárias (legislativas ou outras) para assegurar que as vítimas de violência contra as mulheres que estejam a necessitar de proteção, independentemente do seu estatuto ou residência, não sejam em circunstância alguma enviadas de regresso para qualquer país no qual a sua vida esteja em risco ou no qual possam ficar sujeitas a tortura ou a outro tratamento ou pena desumano ou degradante.

Por seu turno, e já no contexto das Nações Unidas, cumpre referir a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, tendo o Comité para a Eliminação da Discriminação Racial recomendado, na já aludida recomendação geral sobre discriminação contra estrangeiros, que estes não deveriam ser afastados para países onde incorressem no risco de sofrer *violações sérias* dos direitos humanos<sup>1718</sup>.

No que toca à Convenção dos Direitos da Criança, o Comité dos Direitos da Criança emanou também um comentário geral com relevo para a questão. Trata-se do comentário geral sobre o tratamento de menores não acompanhados, onde referiu que os Estados-Parte não devem afastar um menor para um país em que exista o risco de danos irreparáveis para aquele. O Comité sublinhou que era irrelevante o facto de o mau trato ser infligido por entidades não estaduais<sup>1719</sup>. Mais referiu que, na avaliação do mau trato, se deveria ter em conta a idade, género e as consequências particulares para a criança, nomeadamente no que respeita a insuficientes recursos alimentares e de saúde.

A ideia de que os Estados se devem abster de expulsar estrangeiros para países onde correm o risco de ser sujeitos a tratamentos desumanos ou degradantes começa a ser generalizada no direito internacional público. Assim, por exemplo, também a recente Convenção para a proteção de todas as pessoas contra desaparecimentos forçados<sup>1720</sup> proíbe no art. 16.º os Estados-Parte de expulsar, devolver, afastar ou extraditar um indivíduo para outro Estado onde corra o risco de ser sujeito a desaparecimento forçado. Nos termos do n.º2 dessa norma, as autoridades competentes terão em conta todas as considerações pertinentes, incluindo, se for caso disso, a existência no Estado em causa de um padrão constante de violações graves, flagrantes ou generalizadas dos direitos humanos ou de violações graves do direito internacional humanitário.

### 1.3. DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

Também do Direito da UE decorre o reconhecimento de um direito derivado a permanecer no território através da proibição de tortura, tratamentos desumanos e

---

<sup>1717</sup> Adotada e aberta à assinatura em Istambul, a 11 de maio de 2011. Entrou em vigor na ordem internacional em 1 de agosto de 2014. Foi assinatura por Portugal a 11 de maio de 2011 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 13/2013, de 21 de janeiro.

<sup>1718</sup> Recomendação Geral n.º 30, *Discrimination Against Non Citizens*, 19/08/2004.

<sup>1719</sup> Comentário Geral n.º 6, *Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside Their Country of Origin*, de 01/09/2005.

<sup>1720</sup> A Convenção foi adotada a 20/12/2006 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, e aberta à assinatura a 06/02/2007, tendo entrado em vigor na ordem internacional a 23/12/2010. Portugal assinou a mesma a 06/02/2007. A Convenção foi ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 1/2014, de 16 de janeiro. Portugal formulou as declarações previstas nos arts. 31.º e 32.º da Convenção, assim reconhecendo as competências do Comité contra os Desaparecimentos Forçados para o exame de comunicações individuais e interestaduais, respetivamente.

degradantes. Essa proteção é concedida, desde logo, na CDFUE (1.3.1.), e, em segundo lugar, em vários instrumentos destinados a desenvolver as competências da UE em matéria de política comum de imigração, previstas nos arts. 67.º, n.º 2 e 79.º do TFUE (1.3.2.).

### 1.3.1. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

A CDFUE prevê duas normas relevantes no contexto da proibição de expulsão em caso de risco de sujeição a tortura e tratamentos desumanos e degradantes. Em primeiro lugar, o art. 4.º, nos termos do qual ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratamentos ou penas desumanos ou degradantes, e que, por força do princípio da universalidade, se aplica também a nacionais de países terceiros<sup>1721</sup>. Depois, o art. 19.º, que se aplica especificamente a situações de expulsão. Esta última norma é uma das poucas disposições da CDFUE que, a par com o art. 18.º, consagra garantias especificamente destinadas aos nacionais de países terceiros<sup>1722</sup>. Nos termos dessa norma, «ninguém pode ser afastado, expulso ou extraditado para um Estado onde corra sério risco de ser sujeito a pena de morte, a tortura ou a outros tratamentos ou penas desumanos ou degradantes». Consagra-se aí, desde logo, a proibição de *non refoulement*, princípio que é, de resto, tido como um princípio essencial de enquadramento da política comum de asilo da União Europeia<sup>1723</sup>. Por força da consagração deste princípio também na CDFUE, ele vale ainda no que toca à aplicação e desenvolvimento da política comum de imigração. Assim, o n.º 2 do art. 19.º tem um âmbito de proteção mais abrangente que o princípio do *non refoulement* previsto na Convenção de Genebra, já que o estende também a quem não é refugiado.

Pela leitura do n.º 2 deste art. 19.º facilmente chegamos à conclusão que o mesmo foi fortemente inspirado pela jurisprudência do TEDH no que toca à proteção de estrangeiros em caso de afastamento, expulsão e extradição, pelo que deve ter um âmbito e significado semelhantes<sup>1724</sup>. Assim, desde logo, tal como o art. 3.º da CEDH, consagra um direito absoluto, não se admitindo a possibilidade de restrição por nenhum motivo<sup>1725</sup>.

Em alguns pontos a proteção oferecida pelo n.º 2 do art. 19.º da Carta é até mais extensa. Desde logo, a proibição abrange a sujeição a pena de morte, quando, como vimos, a jurisprudência do TEDH é ainda dúbia neste ponto.

No entanto, uma leitura mais atenta demonstra que o âmbito de proteção dessa norma pode ser, em alguns pontos, mais estreito. Desde logo, o art. 19.º da Carta parece adotar uma formulação mais exigente, ao referir-se expressamente à existência de um «sério risco» desses maus tratos, quando a proteção oferecida pelo TEDH se basta com a menção à existência

---

<sup>1721</sup> Para um comentário ao art. 4.º, v. WILLIAM SCHABAS, “Article II-64”, p. 64 e ss. e DANILO ZOLO, “Art. 4.º...”, p. 77 e ss.

<sup>1722</sup> ANA RITA GIL, “Art. 19.º...”, p. 244.

<sup>1723</sup> Assim, o n.º 1 do art. 78.º do TFUE dispõe que a «União desenvolve uma política comum em matéria de asilo, de proteção subsidiária e de proteção temporária, destinada a conceder um estatuto adequado a qualquer nacional de um país terceiro que necessite de proteção internacional e a garantir a observância do princípio da não repulsão». A obrigação de respeito por este princípio vale, assim, por imposição também do TFUE, para todas as vertentes da política comum de asilo: asilo, proteção subsidiária e proteção temporária.

<sup>1724</sup> Assim, as anotações do *Praesidium*, que indicam que esta norma visou transpor a jurisprudência do TEDH sobre o art. 3.º da CEDH. V. ainda o art. 52.º, n.º 3 da CDFUE.

<sup>1725</sup> ANNE LISE DUCROQUETZ, *L'Expulsion des Étrangers...*, p. 202.

de «risco real»<sup>1726</sup>. No entanto, nos termos do art. 53.º da Carta, a diferente redação não pode ter como efeito baixar o nível de proteção decorrente da CEDH<sup>1727</sup>. Por outro lado, a Carta restringe a proteção dos estrangeiros às medidas de expulsão que acarretem um risco de maus tratos no *país de destino*. No que toca às situações em que a expulsão viola a proibição de maus tratos no próprio país expulsante (por exemplo, devido à própria *forma de* executar a expulsão, ou em que os estrangeiros não se encontram em condições físicas para viajar), estarão proibidas pelo art. 4.º da Carta, nos termos do qual ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas desumanos ou degradantes<sup>1728</sup>. Por outro lado, como vimos, o TEDH estende o âmbito de proteção do art. 3.º da CEDH aos casos em que os maus tratos ocorrem não no país de destino, mas num país terceiro. Ora, nesse contexto a CDFUE também atua, mas, ao que parece, o TJ lança mão do art. 4.º, e não do art. 19.º. Assim o fez, no caso *N.S. e M.E.*<sup>1729</sup>, proferido após o referido caso *M.S.S. de Estrasburgo*<sup>1730</sup>, em que decidiu da transferência de requerentes de asilo para a Grécia, que, por aplicação das normas de direito da UE, era o Estado-Membro responsável pela análise de vários pedidos de asilo. O TJUE afirmou que o art. 4.º da Carta dos Direitos Fundamentais deveria ser interpretado no sentido de que cabe aos Estados-Membros não transferir um requerente de asilo para um «Estado-Membro responsável» «quando não possam ignorar que as falhas sistémicas do sistema de asilo nesse Estado-Membro constituem razões sérias e verosímeis de que o requerente corre um risco real de ser sujeito a tratos desumanos ou degradantes». Se um Estado-Membro transferir um requerente de asilo nessas condições para o Estado responsável, estará, ele próprio, a violar o art. 4.º da Carta. Apesar de a decisão ter sido emanada no contexto da política de asilo, o raciocínio de base deve ser aplicado aos demais casos em que esteja em causa a violação do art. 4.º por um terceiro Estado.

A proteção oferecida pelo art. 4.º e pelo art. 19.º da Carta é uma referência importante no que toca ao desenvolvimento das políticas comuns de imigração e asilo da União<sup>1731</sup>. Ela terá um campo de aplicação privilegiado não só em relação ao cumprimento do princípio do *non refoulement*, nos termos do n.º 1 do art. 78.º do TFUE, mas ainda no que respeita ao desenvolvimento das políticas de combate à imigração ilegal, nomeadamente as que se traduzem em medidas de retorno, nos termos da alínea c) do n.º 2 do art. 79.º do TFUE. Esta última norma elege a devolução ao país da nacionalidade (retorno) ou a qualquer outro país terceiro como o meio privilegiado para pôr fim a uma situação de imigração ilegal<sup>1732</sup>. Ora, esse meio deverá ser usado apenas se não puser em causa as proibições resultantes dos arts 4.º e 19.º da Carta. Esta nota é tão mais importante quando as instituições da União Europeia têm vindo a sublinhar a importância da luta contra a imigração clandestina, principalmente desde o Programa de Estocolmo de 2009<sup>1733</sup>. Assim, os vários instrumentos que foram

<sup>1726</sup> JEAN-YVES CARLIER considera que teria sido preferível não se fixar nenhum nível de risco na Carta, deixando essa tarefa para a interpretação do TJ. Cf. JEAN-YVES CARLIER, “La Place des Ressortissants...”, p. 191.

<sup>1727</sup> FRANÇOIS JULIEN-LAFERRIÈRE, “Article II - 79...”, p. 274.

<sup>1728</sup> Sobre a articulação entre o art. 4.º e o art. 19.º da CDFUE v. STEVE PEERS, “Immigration, Asylum...” (2001), p. 159 e ss.

<sup>1729</sup> Ac. de 21/12/2011, *N.S. e M.E.*, proc. n.º C-411/10 e C-493/10.

<sup>1730</sup> Dec. de 21/01/2011, *M.S.S. c. Bélgica e Grécia*, cit.

<sup>1731</sup> ANA RITA GIL, “Art. 19.º...”, p. 254.

<sup>1732</sup> NUNO PIÇARRA, “Comentário ao art. 79.º...”.

<sup>1733</sup> Conclusões do Conselho Europeu, Programa de Estocolmo, “Uma Europa Aberta e Segura que proteja os Cidadãos”, publicado no JO de 04/05/2010.

emanados no desenvolvimento desta política deverão ser executados apenas se, da aplicação das medidas de expulsão ou afastamento do estrangeiro, não decorrer uma violação da proibição de sujeição do estrangeiro a pena de morte, a tortura ou a outros tratos ou penas desumanos ou degradantes.

### 1.3.2. Instrumentos da política comum de imigração

No contexto do desenvolvimento da política europeia comum em matéria de imigração foram já emanadas várias normas de direito derivado que dizem respeito à expulsão de nacionais de países terceiros, e que se inscrevem na competência plasmada no art. 79.º do TFUE. Apenas alguns desses instrumentos mencionam especificamente a necessidade de tomar em consideração a possibilidade de sujeição dos estrangeiros a tortura ou tratamentos / penas desumanos e degradantes<sup>1734</sup>. A falta dessa referência pelos demais instrumentos não implica que os Estados-Membros não sejam obrigados a ponderar esse fator antes de tomarem uma decisão respeitante à expulsão de estrangeiros. Eles estão, aliás, obrigados a fazê-lo, pois devem executar os instrumentos normativos da UE no respeito pelos direitos consagrados na CDFUE, como aliás, referem expressamente os preâmbulos das várias Diretivas<sup>1735</sup>.

Analisaremos de seguida as normas que dão expressamente acolhimento à ideia de proteção derivada de um direito a permanecer no território por força da proibição de sujeição a tortura ou tratamentos / penas desumanos e degradantes.

#### ***a) Diretiva 2001/40/CE, relativa ao reconhecimento mútuo de decisões de afastamento de nacionais de países terceiros***

A Diretiva 2001/40/CE do Conselho, de 28 de maio de 2001, relativa ao reconhecimento mútuo de decisões de afastamento de nacionais de países terceiros tem como objetivo que uma decisão de afastamento emitida por um Estado-Membro seja executada por outro Estado-Membro onde o nacional de país terceiro visado se encontre<sup>1736</sup>.

O reconhecimento mútuo aplica-se a dois tipos de decisões de expulsão: àquelas que tiveram por base o facto de o indivíduo representar uma ameaça grave e atual para a ordem pública ou para a segurança nacional (em caso de condenação do nacional do país terceiro

---

<sup>1734</sup> São vários os instrumentos da UE que não mencionam a necessidade de se ponderar o risco de sujeição a tratamentos contrários ao art. 4.º e n.º 2 do art. 19.º da CDFUE em caso de aplicação de medida de expulsão. Assim, a maior parte dos instrumentos destinados ao desenvolvimento da política de imigração legal. O mesmo se diga, de resto, no que toca ao combate à imigração ilegal, da Diretiva 2001/51/CE relativa às sanções às transportadoras de imigrantes ilegais, de 28/06/2001. Sobre este ponto, v. ANA RITA GIL, “Direito e Política da União Europeia...”, p. 29 e ss.

<sup>1735</sup> Veja-se, a título de exemplo, o considerando n.º 3 da Diretiva 2003/109/CE, relativa ao estatuto de residentes de longa duração, o considerando n.º 25 da Diretiva 2005/71/CE do Conselho relativa à admissão para efeitos de investigação científica, e o considerando n.º 26 da Diretiva 2009/50/CE sobre condições de entrada e residência para efeitos de trabalho altamente qualificado.

<sup>1736</sup> Sobre o regime da Diretiva v., por todos, AA.VV., *EU Immigration and Asylum Law : Text and Commentary*, vol. II, p. 525 e ss. Sobre a transposição da Diretiva para o Direito Português, v. CONSTANÇA URBANO DE SOUSA, “Portugal – Report on the Transposition...”, p. 217 e ss.

por uma infração passível de pena de prisão não inferior a um ano, e em caso de existência de razões sérias para crer que um nacional de um país terceiro cometeu atos puníveis graves, ou que tenciona cometer atos dessa natureza no território de um Estado-Membro)<sup>1737</sup>. De seguida, as decisões de afastamento fundadas no incumprimento da regulamentação nacional relativa à entrada ou à permanência de estrangeiros também devem ser sujeitas a reconhecimento mútuo (art. 3.º, n.º1, b)). Alguns autores referem que, ao prever estes dois fundamentos de expulsão, este instrumento acaba por dar indicações no que toca aos motivos pelos quais os Estados-Membros podem emanar uma medida de expulsão<sup>1738</sup>. Mas, na verdade, a enumeração feita neste ponto pela Diretiva acaba por não consubstanciar um limite ao *ius excludendi* dos Estados, já que nada os impede de expulsar um nacional de país terceiro por outros motivos. Se o fizerem, a única consequência é que o Estado-Membro requerido não é obrigado a executar a ordem de expulsão emanada pelo Estado requerente, já que não se aplicam as obrigações impostas por esta Diretiva.

O reconhecimento e execução da medida de expulsão emanada por outro Estado levanta questões complexas, nomeadamente no que toca à possibilidade de violação de alguns instrumentos internacionais<sup>1739</sup>. O considerando n.º 4 da Diretiva refere que as decisões de afastamento devem ser adotadas de acordo com os direitos fundamentais, tal como são garantidos pela CEDH, nomeadamente pelo art. 3.º. O art. 3.º, n.º2 refere, por seu turno, que os Estados-Membros deverão transpor e executar as obrigações provenientes da Diretiva com respeito pelos direitos do Homem e das liberdades fundamentais. O art. 6.º impõe que o Estado-Membro de execução proceda a uma análise prévia da situação da pessoa em causa para se certificar que nem os atos internacionais pertinentes, nem a regulamentação nacional aplicável impedem a execução da decisão de afastamento. Assim, deve entender-se que o Estado de execução apenas poderá executar a decisão de expulsão se a mesma não colocar em causa o respeito pelo art. 3.º da CEDH, bem como pelos arts. 4.º e 19.º, n.º2 da CDFUE.

***b) Diretiva 2003/110/CE relativa ao apoio em caso de trânsito para efeitos de afastamento por via aérea***

Cabe mencionar, de seguida, a Diretiva 2003/110/CE relativa ao apoio em caso de trânsito para efeitos de afastamento por via aérea<sup>1740</sup>. Este instrumento visa regular a possibilidade de o Estado-Membro que pretender proceder ao afastamento de um nacional de país terceiro requerer o trânsito aeroportuário por um outro Estado-Membro, na impossibilidade de o fazer através de um voo direto<sup>1741</sup>. O preâmbulo da Diretiva sublinha que o trânsito não pode ser requerido nem concedido se a pessoa correr o risco de ser submetida a tratamentos desumanos ou degradantes, a tortura ou a pena de morte no país de destino ou de trânsito. Esta afirmação pode ser interligada com a cláusula de salvaguarda do art. 8.º, nos termos do qual a Diretiva deve ser transposta sem prejuízo das obrigações

---

<sup>1737</sup> A Diretiva retoma os critérios estabelecidos no art. 96.º da CAAS, que estabelece os parâmetros para a sinalização de pessoas a quem deve ser negada a entrada no Espaço Schengen.

<sup>1738</sup> Nesse sentido, FRANÇOIS JULIEN-LAFERRIERE & NATHALIE JOUANT, “L’Éloignement des Ressortissants...”, p. 222.

<sup>1739</sup> Sobre este ponto, v. ANA RITA GIL, “Direito e Política da União Europeia...”, p. 31 e ss.

<sup>1740</sup> Para uma análise do regime da Diretiva, v. AA.VV., *EU Immigration and Asylum Law : Text and Commentary*, vol. II, p. 537 e ss.

<sup>1741</sup> Sobre o regime da Diretiva, v. ANA RITA GIL, “Direito e Política da União Europeia...”, p. 32 e ss.

derivadas da Convenção de Genebra de 1951 sobre o Estatuto do Refugiado e dos demais tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. Isto significa que, antes de aceder a qualquer pedido, o Estado requerido deve ponderar a situação concreta do estrangeiro expulsando<sup>1742</sup>.

**c) Diretiva 2008/115/CE («Diretiva do Retorno»)**

Por fim, incumbe referir a Diretiva 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2008<sup>1743</sup>, comumente chamada «Diretiva do Retorno», que estabelece normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular. A Diretiva inscreve-se nas prioridades em matéria de desenvolvimento de uma política de imigração comum fixadas no Pacto Europeu de Imigração e Asilo, desenvolvido depois pelo Programa de Estocolmo, que assumiram expressamente o retorno como a medida por excelência a aplicar aos imigrantes que se encontrem em situação ilegal no território dos Estados-Membros<sup>1744</sup>. Uma leitura apressada do instrumento poderá fazer crer, assim, que o mesmo não só consagra, como ainda impele os Estados a fazerem uso do seu *ius excludendi*. De facto, o princípio geral da Diretiva é o de que a estadia irregular de um nacional de país terceiro num Estado-Membro deve terminar com a emissão de uma decisão de retorno (art. 6.º, n.º1)<sup>1745</sup>.

Não obstante, a Diretiva consagra algumas cláusulas que, se forem lidas e aplicadas à luz do respeito pelos direitos humanos, podem levar à restrição do exercício desse poder. Esse aspeto vai de encontro, de resto, ao afirmado pelo Programa de Estocolmo, de que a política de retorno deve ser posta em prática no pleno respeito do princípio da não-repulsão e dos direitos fundamentais e dignidade das pessoas a repatriar<sup>1746</sup>.

Desde logo, a Diretiva afirma a necessidade de respeito pelo princípio da não-repulsão. Mais refere que, na aplicação da mesma, os Estados-Membros devem ter em conta o estado de saúde do nacional de país terceiro (considerando n.º 8 e art. 5.º, al. c)). Não se esclarece,

---

<sup>1742</sup> Não obstante, STEVE PEERS considera que esta cláusula é manifestamente insuficiente para a proteção desses direitos. O autor refere que, na prática, é impossível ao Estado requerido averiguar da violação de direitos humanos em relação ao estrangeiro em causa, já que a informação que lhe é transmitida pelo Estado requerente é bastante parca. Cf. STEVE PEERS, “From Black Market to Constitution...”, p. 279.

<sup>1743</sup> Sobre o processo de adoção da Diretiva v., em particular, EMANUELA CANETTA, “The EU Policy on Return...”, p. 438 e ss, e DIEGO ACOSTA, “The Good, the Bad and the Ugly...”, p. 19 ss.

<sup>1744</sup> Pacto Europeu de Imigração e Asilo, Conselho da UE, 24 de setembro de 2008. Sobre este ponto, v. ANA RITA GIL, “Direito e Política da União Europeia...”, p. 23.

<sup>1745</sup> O art. 3.º, n.º2 define “situação irregular” como a presença no território de um Estado-Membro de um nacional de país terceiro que não preenche as condições de entrada tal como estão definidas no art. 5.º do Código de Fronteiras de Schengen ou outras condições de entrada previstas na legislação interna. A decisão de retorno é acompanhada pela proibição de reentrada sempre que não tenha sido concedido qualquer prazo para a partida voluntária ou a obrigação de regresso não tenha sido cumprida. A duração dessa proibição é determinada em função do caso concreto, não devendo em princípio exceder cinco anos, a não ser que o nacional do país terceiro constitua uma ameaça grave para a ordem pública, segurança pública ou segurança nacional. A proibição de entrada é válida para todo o território da UE (art. 11.º da Diretiva 2008/115/CE). Visa-se emitir uma forte mensagem de dissuasão de entrada ilegal no território. Cf. EMANUELA CANETTA, “The EU Policy on Return...”, p. 443.

<sup>1746</sup> Ponto 6.1.6. do Programa de Estocolmo, *Uma Europa aberta e segura que sirva e proteja os cidadãos*, de 04 de maio de 2010.

porém, de que forma é que os Estados devem dar cumprimento a essas obrigações. No que toca ao princípio da não repulsão, a única forma de o fazer é mesmo apenas a de abstenção de adoção de medida de retorno do nacional de país terceiro. No que toca à consideração do «estado de saúde» do estrangeiro, esse pode ser um elemento a ponderar para o Estado se abster, também, de emitir uma decisão de retorno no que respeita ao estrangeiro em causa. De facto, nos termos do art. 6.º, n.º3, os Estados-Membros podem abster-se de emitir a decisão de regresso e conceder autorizações de residência autónomas ou de outro tipo que, por razões compassivas, humanitárias ou outras, confirmam o direito de permanência no território<sup>1747</sup>. Importa ainda sublinhar, neste contexto, que a Diretiva considera como pessoas vulneráveis menores não acompanhados, pessoas com deficiência, idosos, grávidas, famílias monoparentais com filhos menores, e pessoas que tenham sido vítimas de tortura, violação ou outras formas graves de violência psicológica, física ou sexual (art. 3.º, n.º9).

Os Estados-Membros podem ainda abster-se de emitir, revogar ou suspender proibições de entrada em determinados casos concretos, também por razões humanitárias<sup>1748</sup>. Assim, o respeito pelo art. 4.º e pelo n.º2 do art. 19.º da CDFUE poderá impor ao Estado-Membro que se abstenha de expulsar ou afastar o estrangeiro e lance mão da possibilidade prevista no n.º 3 do art. 6.º da Diretiva, concedendo ao indivíduo um título de residência ou outra autorização que lhe confira o direito a permanecer no território. Neste seguimento, tem-se afirmado que, em boa verdade, o que a Diretiva exige é que os nacionais de países terceiros em situação irregular não permaneçam numa situação de incerteza, devendo os Estados-Membros da UE emitir uma decisão concreta a respeito dos mesmos: ou de regularização da permanência ou de regresso<sup>1749</sup>.

Por fim, a Diretiva deverá ser executada também no respeito pelo art. 4.º da CDFUE, *i.e.*, a execução das medidas de expulsão não deverá consubstanciar, em si, um tratamento desumano ou degradante.

#### 1.4. CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA

A CRP não contém normas que proíbam expressamente a expulsão de estrangeiros ou lhes garantam derivadamente, à exceção do direito de asilo<sup>1750</sup>, um direito de entrada no território de forma a garantir a não sujeição a tortura ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. No entanto, o art. 33.º consagra algumas garantias respeitantes à extradição<sup>1751</sup>.

---

<sup>1747</sup> Sobre os trabalhos preparatórios desta norma v. EMANUELA CANETTA, “The EU Policy on Return...”, p. 442.

<sup>1748</sup> Art. 11.º, n.º 3.

<sup>1749</sup> Assim, AGÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA PARA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS & CONSELHO DA EUROPA, *Manual de Legislação Europeia...*, p. 51.

<sup>1750</sup> Sobre a proteção constitucional do Direito de Asilo, v. ANDREIA SOFIA PINTO OLIVEIRA, *O Direito de Asilo...*, cit.

<sup>1751</sup> A partir da revisão de 2001 a Constituição usa também o termo «entrega», de forma a abranger outros procedimentos, nomeadamente no quadro da cooperação judiciária penal estabelecida no âmbito da União Europeia, em que existe o procedimento de entrega entre os Estados-Membros para cumprimento de mandado de detenção europeu, e ainda no âmbito do Estatuto de Roma, em que se prevê o processo de entrega ao Tribunal Penal Internacional. Sobre as alterações a esta norma, efetuadas pela revisão Constitucional de 2001, v. NUNO PIÇARRA, “A proibição constitucional de extraditar...”. Sobre o conceito de «extradição» na nossa Constituição, v. FILOMENA DELGADO, “A Extradicação...”, p. 23 e ss., JOSÉ CALVET DE MAGALHÃES, “Extradicação...”, p. 314 e ss., ANA RITA GIL, “Extradicação...”, p. 151.



Essas garantias podem traduzir-se em verdadeiras “proibições de extraditar”, em função da pena aplicável no Estado requisitante<sup>1752</sup>. Por outro lado, o art. 25.º consagra o direito à integridade pessoal, moral e física, determinando o n.º 2 que ninguém pode ser submetido a tortura, nem tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos. Estas duas disposições constituem, assim, em aliança com o art. 16.º, n.º2, a base para a receção constitucional do direito europeu e internacional no que toca à proibição de expulsões quando está em causa o risco de sujeição a tortura, e penas ou tratamentos desumanos e degradantes.

#### **1.4.1. Proibições constitucionais de extraditar em função da pena aplicável**

O art. 33.º da CRP consagra várias proibições de extraditar, algumas delas em função da pena aplicável. Esta disposição constitucional sofreu várias alterações, mas desde 1976 mantém como elementos constantes a não admissão da extradição por motivos políticos ou por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requisitante, pena de morte. Com a revisão de 1997, a CRP passou ainda a proibir a extradição por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requisitante, pena de que resulte lesão irreversível da integridade física e pena ou medida de segurança privativa ou restritiva da liberdade com caráter perpétuo ou de duração indefinida<sup>1753</sup>.

##### ***a) Pena de morte ou pena de que resulte lesão irreversível da integridade física***

Nos termos do n.º 6 do art. 33.º da CRP, não é admitida a extradição, nem a entrega a qualquer título, por crime a que corresponda, segundo o direito do Estado requisitante, pena de morte ou outra de que resulte lesão irreversível da integridade física. Trata-se de um limite absoluto ao poder de extradição<sup>1754</sup>.

Durante bastante tempo, discutia-se amplamente na doutrina e na jurisprudência o que se devia considerar como constituindo a «possibilidade de aplicação da pena de morte segundo

---

<sup>1752</sup> Essas proibições de extraditar levaram a que Portugal fizesse reservas à Convenção Europeia de Extradição, concluída em 13/12/1957, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 22/89 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 51/89. As reservas que interessam no presente contexto foram as seguintes: em relação ao art. 1.º, Portugal não concede a extradição de pessoas que devam ser julgadas por um tribunal de exceção ou cumprir uma pena decretada por um tribunal dessa natureza, quando se prove que serão sujeitas a processo que não oferece garantias jurídicas de um procedimento penal que respeite as condições internacionalmente reconhecidas como indispensáveis à salvaguarda dos direitos do homem, ou que cumprirão a pena em condições desumanas, e ainda quando reclamadas por infração a que corresponda pena ou medida de segurança com caráter perpétuo. Em relação ao art. 11.º, não há extradição em Portugal por crimes a que corresponda pena de morte segundo a lei do Estado requerente. Sobre a Convenção, v. JOSÉ CALVET DE MAGALHÃES, “Extradição...”, p. 319 e ss.

<sup>1753</sup> Sobre a evolução da disciplina constitucional das proibições de extraditar em função da pena aplicável, v. PEDRO CAEIRO, “Proibições Constitucionais de Extraditar...”, p. 7 e ss. e MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA & CRISTINA SOUSA MACHADO, *Extradição e mandado de detenção*, p. 4.

<sup>1754</sup> MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA & CRISTINA SOUSA MACHADO, *Extradição e mandado de detenção...*, p. 7.

o direito do Estado requerente»<sup>1755</sup>. O Tribunal Constitucional teve ocasião de se pronunciar sobre a aplicação desta disposição, no contexto de vários recursos que incidiram sobre pedidos de extradição formulados pela República Popular da China relativamente a cidadãos (chineses e de Hong-Kong) detidos em Macau, para instauração de procedimento criminal pela prática de factos puníveis com pena de morte segundo a lei penal chinesa<sup>1756</sup>. Nos arestos, o TC discorreu sobre se as garantias prestadas pelo Estado chinês de não aplicação da pena capital seriam suficientes, uma vez que consistiam num simples compromisso assumido pelo Ministério da Segurança Pública da República Popular da China. Por três vezes, o Tribunal Constitucional considerou inconstitucional a norma em análise<sup>1757</sup> «na parte em que permite a extradição por crimes puníveis no Estado requerente com a pena de morte, havendo garantia da sua substituição», assim impedindo a execução das decisões de extradição daqueles cidadãos para a China. O Tribunal Constitucional considerou que: «o legislador constitucional quis de forma enfática afirmar que, desde que ao crime corresponda pena de morte segundo a lei incriminadora do Estado requerente, a extradição está peremptoriamente proibida. Por conseguinte, (...) a extradição só é consentida quando, segundo o direito interno do Estado requerente, a pena susceptível de, em concreto, ser aplicada ou já aplicada ao caso não seja a pena de morte». O TC entendeu, assim, que a «possibilidade de aplicação da pena de morte segundo o direito do Estado requerente» apenas podia englobar o direito internamente vinculante do Estado, constituído tão-só pelo respetivo corpo de normas penais e por qualquer mecanismo que se inscrevesse vinculativamente no direito e processo criminais, ainda que decorrentes do direito constitucional ou do direito jurisprudencial do Estado requisitante, dos quais resultasse que a pena de morte *não seria devida* no caso concreto, porque *nunca* poderia ser aplicada. Assim, no entendimento do TC, o art. 33.º da Constituição obrigava a negar a extradição sempre que existisse uma possibilidade jurídica de aplicação da pena de morte, ainda que o Estado requerente prestasse garantias de não executar a pena em concreto. Por outras palavras, o TC adotou o critério da *possibilidade*, ao invés do da *previsibilidade*, no sentido de que «não basta, para extraditar, que seja *previsível* não aplicação de pena, mas sim que seja certa a sua inaplicabilidade, em função das *garantias* e da *possibilidade* legal, no quadro normativo que procederá ao julgamento»<sup>1758</sup>. Assim, a proibição de extradição não cedia perante a prestação de garantias, por parte do Estado requisitante, de não aplicação ou de não execução das penas em causa, se essas garantias não fossem vinculantes para os tribunais desse Estado. Nesse seguimento, no Acórdão n.º 1146/96, de 12/11/1996, o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma constante do art. 4.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 437/75, de 16 de agosto, na parte em que permitia a extradição por crimes puníveis no Estado requerente com pena de morte, havendo garantia da sua substituição, se esta garantia, de acordo com o ordenamento penal e processual penal do Estado requerente, não fosse juridicamente vinculante para os respetivos tribunais.

Mas, por outro lado, o Tribunal Constitucional não adotava uma leitura literalista e absoluta da proibição constitucional, considerando que a extradição podia ser concedida, se o Estado requerente garantisse – através da prestação de garantias *vinculativas para os seus tribunais*, que as penas em causa não seriam aplicadas<sup>1759</sup>. Ou seja, o TC interpretou a expressão

<sup>1755</sup> Não cabe discutir aqui essa querela nem tomar posição na mesma. Sobre este aspeto, v. CARLOS FERNANDES, *A Extradicação...*, p. 56 e ss., PEDRO CAEIRO, “Proibições Constitucionais de Extraditar...”, p. 12 e ss., FREDERICO ALCÂNTARA DE MELO, “Extradicação...”, p. 9 e ss.,

<sup>1756</sup> Ac. n.º 417/95, de 04/07/1995, Ac. n.º 430/95, de 06/07/1995 e Ac. n.º 449/95, de 06/07/1995.

<sup>1757</sup> Art. 4.º, n.º1, alínea a) do Decreto-Lei n.º 437/75, de 16 de agosto.

<sup>1758</sup> FREDERICO ALCÂNTARA DE MELO, “Extradicação...”, p. 8.

<sup>1759</sup> Veja-se, assim, os Acórdãos n.º 417/95, cit. e 1146/96, cit.

«segundo o direito do Estado requisitante», como reportando-se ao *direito aplicável ao caso concreto*, e não num sentido abstrato, como a norma penal aplicável ao tipo de crime.

Esse entendimento foi confirmado pelo Acórdão n.º 1/2001, de 10/01/2001, que não declarou a inconstitucionalidade da norma constante do art. 6.º, n.º 2, alínea a), da Lei n.º 144/99, de 31 de agosto (lei da cooperação judiciária internacional em matéria penal), na parte em que permite a extradição se o Estado requerente tiver previamente comutado pena de morte ou outra de que possa resultar lesão irreversível da integridade da pessoa, por ato irrevogável e vinculativo para os seus tribunais ou outras entidades competentes para a execução da pena<sup>1760</sup>.

***b) Pena ou medida de segurança privativa ou restritiva da liberdade com carácter perpétuo ou de duração indefinida***

O n.º 4 do art. 33.º estabelece uma proibição de extraditar para os casos em que é aplicável pena ou medida de segurança privativa ou restritiva da liberdade com carácter perpétuo ou de duração indefinida.

Esta proibição foi inserida na revisão constitucional de 1997, que consagrou aquela que era já a jurisprudência do Tribunal Constitucional. De facto, o Acórdão n.º 474/95, de 17/08/1995, havia já considerado que a extradição em caso de aplicação de penas e medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida era proibida constitucionalmente, através da aplicação conjugada do art. 30.º, n.º1 da Constituição, que proíbe essas penas, com os princípios da universalidade, da igualdade e da equiparação dos estrangeiros e apátridas em matéria de direitos fundamentais. Em causa estava um pedido de extradição formulado pelos Estados Unidos da América, relativo a um crime punível com prisão perpétua de que foi acusado um cidadão brasileiro detido pelas autoridades portuguesas. O Estado requerente comprometeu-se a não aplicar a referida pena no caso concreto. Para tanto, entre outras garantias, foi junto aos autos um ofício remetido por um Procurador dos Estados Unidos reiterando que não pediria a pena de prisão perpétua e que o juiz a quem havia sido distribuído o caso lhe tinha comunicado que em caso de condenação não imporá essa pena. O Tribunal Constitucional considerou que existia uma «consagração constitucional implícita» de proibição de extradição por crime a que correspondesse pena de prisão perpétua. Também a doutrina defendia uma extensão das proibições de extraditar em relação a outras penas. Neste ponto era particularmente digna de nota a obra de LOPES ROCHA E TERESA ALVES MARTINS<sup>1761</sup>, que defendiam que o art. 33.º da CRP não esgotava o elenco dos casos de recusa de extradição, referindo que, por exemplo, a extradição para aplicação de uma pena cruel ou desumana também não seria constitucionalmente admissível. Por seu turno, PEDRO CAEIRO<sup>1762</sup> defendia que a proibição de extradição por crime a que correspondesse prisão perpétua se

---

<sup>1760</sup> No Ac. n.º 384/2005, de 13/07/2005, o TC decidiu não julgar inconstitucional a norma do art. 9.º, n.º 3, da Convenção Internacional para a Repressão de Atentados Terroristas à Bomba, interpretada no sentido de que obriga Portugal à extradição para a União Indiana, por crimes a que é abstratamente aplicável pena de morte, quando, por força da Lei de Extradição indiana, existe impossibilidade jurídica de aplicação dessa pena.

<sup>1761</sup> MANUEL ANTÓNIO LOPES ROCHA & TERESA ALVES MARTINS, *Cooperação Judiciária...*, p. 33.

<sup>1762</sup> PEDRO CAEIRO, “Proibições Constitucionais de Extraditar...”, p. 20.

alcançava por aplicação analógica do art. 33.º, n.º3 da CRP<sup>1763</sup>. Para o autor estariam abrangidas a prisão perpétua, as penas cruéis e desumanas e as penas corporais, «pois todas elas ofendem de forma intolerável os pressupostos mínimos da vida humana»<sup>1764</sup>. O citado Acórdão n.º 474/95 estendeu a proibição constitucional de extraditar em função da pena aos casos de prisão perpétua ou de duração indeterminada, *com fundamento no art. 30.º, n.º1*, que determina que «não pode haver penas nem medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida». O TC efetuou, pois, um raciocínio semelhante ao do TEDH quando este proíbe extradições com base no art. 3.º da CEDH. À semelhança deste último, estendeu a proteção contra a aplicação daquele tipo de penas quando estas sejam aplicadas, não pelo Estado Português, mas por outro Estado, na sequência de um procedimento de extradição. Trata-se, portanto, de uma verdadeira “proteção derivada”, semelhante à que decorre do art. 3.º da CEDH nos casos de extradição ou expulsão.

Note-se que o TC estendeu ainda a esse caso o mesmo entendimento que adotara nos acórdãos sobre extradição em caso de aplicação de pena de morte, acerca do que se deveriam considerar “garantias” prestadas pelo Estado requisitante de não aplicação da pena em concreto<sup>1765</sup>.

A revisão constitucional de 1997 veio consagrar expressamente essa proibição<sup>1766</sup>. No entanto, fê-lo de forma a permitir a extradição por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requisitante, pena ou medida de segurança privativa ou restritiva da liberdade com carácter perpétuo ou de duração indefinida, *em condições de reciprocidade estabelecidas em convenção internacional e desde que o Estado requisitante ofereça garantias de que tal pena ou medida de segurança não será aplicada ou executada*. Assim, a extradição fundamentada em crime em que seja aplicável este tipo de penas pode ser aplicada se o Estado requisitante for parte de convenção internacional a que Portugal esteja vinculado e oferecer garantias de que tal pena ou medida de segurança não será aplicada ou executada<sup>1767</sup>. Mais introduziu a proibição de extraditar por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requisitante, pena de que resulte lesão irreversível da integridade física. Esta última proibição já não admite exceções.

Como o Tribunal Constitucional já teve oportunidade de analisar<sup>1768</sup>, resulta dos trabalhos preparatórios da revisão constitucional que o legislador constituinte pretendeu criar uma

---

<sup>1763</sup> Para o autor, a aplicação analógica fundamentar-se-ia na mesma *ratio* que presidia a cada um dos preceitos constitucionais – em ambos os casos, a ordem pública internacional do Estado português. Cf. *ibidem*. V. ainda, neste ponto, MÁRIO MENDES SERRANO, “Extradição – Regime e Praxis...”, p. 30.

<sup>1764</sup> Já não estariam abrangidas, porém, a inibição automática de direitos civis ou políticos pela condenação em certa pena apesar de não admitida pelo ordenamento penal nacional. Cf. *ibidem*.

<sup>1765</sup> Esta extensão foi alvo de críticas por parte da doutrina. V. J.J. GOMES CANOTILHO, «Caso Varizo...», p. 249.

<sup>1766</sup> Note-se que o projeto de revisão constitucional n.º 3/VII do Partido Socialista referia-se a «pena cruel, degradante ou desumana». Cf. Assembleia da República, *Revisão Constitucional – Apresentação Comparada dos Projetos de Revisão*, abril de 1996, p.103.

<sup>1767</sup> A redação originária deste preceito era diferente, referindo, ao invés da participação em convenção internacional, «condições de reciprocidade estabelecidas em Convenção internacional». A alteração visou apenas esclarecer que a reciprocidade respeita ao dever de extraditar, no sentido de que Portugal aceita extraditar pessoas acusadas de crimes abstratamente puníveis com pena de prisão perpétua se o Estado requerente também estiver vinculado, por convenção internacional a aceitar pedidos de extradição formulados por Portugal, designadamente quanto à mesma espécie de crimes em causa no pedido de extradição (Acórdão n.º 384/2005, cit.).

<sup>1768</sup> Acórdão n.º1/2001, cit.

garantia mais ténue para a extradição por crimes a que corresponda pena ou medida de segurança de carácter perpétuo, admitindo a extradição através da prestação de garantias apenas de direito internacional público e relativas à mera não execução da pena. Reverteu, assim, neste ponto, a jurisprudência firmada no Acórdão n.º 474/95, em que se havia aplicado o entendimento adotado nos casos de pena de morte sobre «garantias de não aplicação» dessa pena. O Tribunal Constitucional considerou, no Acórdão n.º 1/2001, que no caso da extradição em que há garantia de não execução da pena ou medida de segurança de carácter perpétuo ou de duração indefinida, ainda que apenas vinculantes pelo direito internacional, se verifica uma restrição ainda admissível aos bens constitucionais, para salvaguarda de outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos, como seja o interesse na cooperação internacional e na repressão e prevenção da criminalidade mais grave<sup>1769</sup>. Mais referiu que semelhante argumentação não se poderia aplicar à pena de morte, devido à diferença fundamentada «no máximo valor da vida humana e na irreversibilidade da pena de morte», ou ainda na lesão irreversível da integridade física.

No Acórdão n.º 384/2005, o Tribunal Constitucional não julgou inconstitucional uma norma da Convenção Internacional para a Repressão de Atentados Terroristas à Bomba, interpretada no sentido de que obriga Portugal à extradição por crimes a que é abstratamente aplicável pena de prisão perpétua, quando exista reciprocidade do dever de extraditar consagrada em convenção internacional da qual Portugal seja igualmente parte e o Estado requerente ofereceu garantia jurídico-internacionalmente vinculante de não aplicação de pena de prisão de duração superior a 25 anos<sup>1770</sup>. O TC reafirmou que «mesmo existindo a possibilidade jurídica de aplicação dessa pena, para que a extradição possa ser concedida basta a prestação de garantia de não execução de tal pena, garantia que não pode ser meramente política, mas sim de direito internacional público (o que abrange as garantias diplomáticas), juridicamente vinculativa do Estado requerente perante o Estado requerido e que, uma vez executada (designadamente por comutação, pelo órgão do Estado requerente constitucionalmente competente para o efeito, da pena de prisão perpétua em pena de duração limitada), seja juridicamente vinculativa para os tribunais do Estado requerido». Essas garantias podem, assim, derivar de atos unilaterais, como a promessa, sendo que, nesse contexto «o princípio da boa-fé, internacionalmente reconhecido, constitui o fundamento da vinculatividade jurídico-internacional do compromisso assumido»<sup>1771</sup>.

A sexta revisão constitucional (2004) modificou a redação do n.º 4 do art. 33.º, que passou a ter o seguinte teor: «só é admitida a extradição por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requisitante, pena ou medida de segurança privativa ou restritiva da liberdade com carácter perpétuo ou de duração indefinida, se, *nesse domínio*, o Estado requisitante for parte de Convenção internacional a que Portugal esteja vinculado e oferecer

---

<sup>1769</sup> Sobre este ponto v., para mais detalhes, MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA & CRISTINA SOUSA MACHADO, *Extradição e mandado de detenção...*, p. 31.

<sup>1770</sup> Ac. n.º 384/2005, de 13/07/2005. Assim, foi considerada suficiente a garantia dada pelo então Vice-Primeiro-Ministro no sentido de que, caso o extraditando fosse condenado a pena de prisão, esta não poderia exceder a moldura de 25 anos.

<sup>1771</sup> Apesar de decidido em 2005, este aresto reportou-se a um caso em que pedido de extradição foi feito quando vigorava a Lei Constitucional n.º 1/2001, que passou o n.º 5 do art. 33.º para o n.º 4, sem lhe alterar a redação. O TC considerou que a nova redação não era mais favorável para o extraditando.

garantias de que tal pena ou medida de segurança não será aplicada ou executada» (sublinhado nosso)<sup>1772</sup>.

***c) Extradicação por motivos políticos***

Embora não seja uma proibição constitucional de extradicação em função da *pena* aplicável, cabe ainda referir a proibição absoluta de extradicação por motivos políticos (n.º 6 do art. 33.º). PEDRO CAEIRO defende que esta proibição de extradicação se devia aplicar analogicamente aos casos de perseguição criminal em virtude da religião, raça, sexo ou nacionalidade, «pois também nesses casos – análogos ao primeiro, se ofenderia a ordem pública internacional do Estado português»<sup>1773</sup>.

***d) As proibições de extraditar como exemplos de proteção derivada de outros valores constitucionais***

As proibições de extraditar são constitucionalmente previstas precisamente para proteção derivada de outros bens constitucionalmente protegidos. Em todas elas, a Constituição não permite a extradicação de forma a salvaguardar direitos fundamentais do extraditado.

Assim, no que toca à proibição de extraditar quando seja aplicável pena de morte, essa proteção deriva da proteção do bem «vida humana»<sup>1774</sup>. De todas as vezes que o Tribunal Constitucional se debruçou sobre a proibição de pena de morte, referiu-se à proteção constitucional do direito à vida (nos termos do art. 24.º, n.º 1, «inviolável»), ancorada no princípio da dignidade da pessoa humana. Nas palavras do Tribunal Constitucional, «é esta “*dignidade da pessoa humana*” que repudia a aplicação pelo Estado da pena capital, a par de razões humanitárias, para se atingirem os fins de prevenção geral e especial que acompanham o direito criminal»<sup>1775</sup>. A proibição de extraditar justifica-se ainda, nas palavras do TC, com «normas como as dos actuais arts. 7.º, n.º 1, que determinam que Portugal se deve reger nas relações internacionais pelo princípio do “*respeito dos direitos do homem*”, 15.º, n.º 1, reconhecendo aos estrangeiros o gozo dos direitos do cidadão português, 25.º, n.º 2, prescrevendo que “*ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanas*»<sup>1776</sup>.

No que toca à proibição de extradicação para aplicação de penas e medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com caráter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida, trata-se, para GOMES CANOTILHO, de um caso em que a ordem jurídico-constitucional se «autoconstitui» em «reduto inexpugnável» de proteção do bem

---

<sup>1772</sup> Esta alteração visou englobar, para além de convenções bilaterais entre Portugal e o Estado requerente, também as convenções a que estejam vinculados por pertencerem a organizações internacionais outorgantes desses instrumentos. Assim, o Ac. n.º 384/2005.

<sup>1773</sup> PEDRO CAEIRO, “Proibições Constitucionais de Extraditar...”, p. 21.

<sup>1774</sup> Assim, também J.J. GOMES CANOTILHO, “Caso Varizo...”, p. 249 e ss.

<sup>1775</sup> Ac. n.º 417/95, cit.

<sup>1776</sup> *Idem*.

liberdade»<sup>1777</sup>. Também MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA & CRISTINA SOUSA MACHADO referem que esta proibição visou conceder proteção derivada ao direito à liberdade<sup>1778</sup>. O TC refere que a sua aplicação repugna «a consciência jurídica que enforma o nosso ordenamento tendo em conta a prevalência da dignidade da pessoa humana e do seu reflexo na ponderação dos fins das penas onde necessariamente avulta a recuperação e a reintegração social do delinquente». Mais acrescenta que «o núcleo da dignidade humana é atingido quando o condenado, sem atender ao desenvolvimento da sua personalidade, tem de abandonar a esperança de voltar a obter a sua liberdade»<sup>1779</sup>. Nesse seguimento, tem afirmado que «a dignidade da pessoa não é respeitada se ela não é tratada como livre e, por isso, susceptível de culpa» e, «a Constituição, independentemente da questão filosófica do livre arbítrio e do determinismo, obriga as entidades públicas e privadas a tratarem as pessoas como livres (arts 1.º e 27.º da Constituição) e, portanto, susceptíveis de escolherem o bem e de se recuperarem para a sociedade»<sup>1780</sup>. Assim, o que estará em causa com as referidas proibições constitucionais de extraditar, é a proteção derivada da liberdade e dignidade, *i.e.*, do ser humano como ser dotado de dignidade e liberdade.

Por fim, a proibição de extradição por crimes a que corresponda pena de que resulte lesão irreversível da integridade física visa, mais do que a salvaguarda da integridade física, a integridade pessoal.

No nosso entender, em todos estes casos, a Constituição adota o método da “proteção derivada”. Em ordem a proteger determinados bens e direitos fundamentais, que, por força do princípio da universalidade e da equiparação, beneficiam cidadãos nacionais e estrangeiros, – a liberdade em diferentes dimensões, a dignidade humana, a vida, a integridade física, – a Constituição proíbe a extradição. Consagra-se assim um direito a não ser extraditado para proteção derivada dos bens em causa. E, note-se, trata-se aqui também de uma proteção derivada e *indireta* desses bens, uma vez que os mesmos só são lesados no país de destino, e não diretamente pelas autoridades portuguesas. No entanto, e muito à semelhança à jurisprudência do TEDH, o legislador constituinte entendeu que, ao colaborar com procedimentos dos quais poderia resultar a violação desses bens, o Estado Português estaria a violá-los também. Nesse sentido, são ilustrativas as palavras do Tribunal Constitucional, quando refere: «deve considerar-se sempre lesivo da Constituição o facto de o Estado Português poder concorrer, no plano da extradição, para a aplicação e execução de uma pena – a pena de morte – que, em nenhuma hipótese e por nenhum tipo de crime, poderia ser infligida a qualquer cidadão, estrangeiro ou não, em Portugal»<sup>1781</sup>.

Já PEDRO CAEIRO considera que as proibições de extraditar em função da pena aplicável radicam na «preservação da ordem pública internacional do Estado Português», no sentido de que visam tão-só garantir que o Estado Português não aceita colaborar em procedimentos que possam vir a impor essas penas. O autor considera que esta é a «única concepção compatível com o princípio geral de respeito mútuo a que os estados soberanos se encontram obrigados de acordo com o direito internacional»<sup>1782</sup>. No entanto, consideramos que o que

---

<sup>1777</sup> J.J. GOMES CANOTILHO, “Caso Varizo...”, p. 249 e ss.

<sup>1778</sup> MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA & CRISTINA SOUSA MACHADO, *Extradição e mandado de detenção...*, p. 7.

<sup>1779</sup> Ac. n.º 474/95, cit.

<sup>1780</sup> Ac. n.º 1/2001, cit.

<sup>1781</sup> Ac. n.º 474/95, cit.

<sup>1782</sup> PEDRO CAEIRO, “Proibições Constitucionais de Extraditar...”, p. 12.

a Constituição pretende defender são os bens últimos protegidos com a proibição dessas penas.

Por fim, cabe mencionar que, no nosso entender, as proibições constitucionais de extraditar são também absolutas. O caráter absoluto de proteção não é posto em causa com o «sistema de garantias» previsto no art. 33.º para a proibição de extraditar em caso de aplicação de pena de prisão perpétua, ou com a análise da possibilidade jurídica, em concreto, de aplicação de pena de morte ou de pena que acarrete lesão irreversível da integridade física. De facto, em ambos os casos, a Constituição protege de forma absoluta *os bens em presença*. A única coisa que avalia é, tal como o TEDH, da *probabilidade de ocorrência de violação* desses bens. Assim, a Constituição não procede propriamente a uma ponderação de bens, no sentido de averiguar se, em alguns casos, a «vida» ou «dignidade da pessoa humana» podem ser sacrificadas em nome de outro interesse constitucionalmente protegido. O que se faz é tão-só considerar que em certos casos *não há risco sério* de essas penas serem aplicadas e, assim, de esses bens serem violados. Esta é, aliás, a interpretação que nos parece conforme com a jurisprudência do TEDH sobre aplicação do art. 3.º aos casos de extradição e de expulsão e que, por isso, deve pautar a interpretação do «sistema de garantias» previsto na CRP.

#### ***e) A extensão das proibições de extraditar aos casos de expulsão***

A Constituição não prevê proibições semelhantes no que toca à expulsão de estrangeiros. O Tribunal Constitucional também ainda não teve, por seu turno, ocasião de se debruçar sobre essa questão.

No entanto, julgamos que semelhantes proibições se estendem também aos casos de expulsão, quando da aplicação dessa medida possa derivar a sujeição dos estrangeiros às penas referidas no país de destino. É certo que a extradição é um instrumento de cooperação judiciária em matéria penal, e se insere em fins distintos do instituto da expulsão. No entanto, a perspetiva constitucional de não contribuição, por ato do Estado Português, para a lesão de direitos fundamentais que reconhece de igual forma a estrangeiros e cidadãos nacionais, vale integralmente para os casos de expulsão. Mais: nesses casos não se levantam os interesses da cooperação internacional, já que, sendo a expulsão um ato unilateral do Estado, à partida a mesma apenas visará prosseguir os interesses do Estado expulsante. Assim, entendemos que, à semelhança da jurisprudência do TEDH em relação ao art. 3.º da CEDH, também se deve estender a proibição contra extradições à proibição contra expulsões. Desta forma se equipara o nível de proteção constitucional ao já existente, por exemplo, no art. 19.º, n.º2 da CDFUE.

#### **1.4.2. O direito à integridade pessoal**

O art. 25.º da CRP consagra o direito à integridade pessoal e à proibição de tortura, de penas ou tratamentos cruéis, desumanos, degradantes. Nos termos desta norma, a integridade moral e física das pessoas é inviolável (n.º1) e, por outro lado, ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratamentos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos (n.º2). Estarão proibidas tanto as penas que consistam em ofensas à integridade física, bem como as que



consistem em ofensas à integridade moral<sup>1783</sup>. A doutrina tem assinalado que esta norma constitui uma decorrência do reconhecimento constitucional absoluto da dignidade da pessoa humana<sup>1784</sup>.

O art. 25.º da CRP é uma das normas constitucionais com âmbito de aplicação universal. Ela aplica-se quer a portugueses quer a estrangeiros, independentemente do seu estatuto legal ou da qualidade de permanência no território. O conteúdo da norma deverá ainda, por força do princípio da proibição da discriminação e da equiparação, ser igual para nacionais e todas as categorias de estrangeiros. O estrangeiro beneficia do mesmo âmbito de proteção contra os tratamentos mencionados que os nacionais.

Ora, uma interpretação da norma à luz dos instrumentos internacionais e europeus de proteção dos direitos humanos exige que se considere que decorre da mesma a proibição de extradição ou expulsão quando, no país de destino, o estrangeiro puder ser submetido aos referidos tratamentos. Trata-se, enfim, de reconhecer que a norma protege de forma indireta o direito a não ser submetido a tais tratamentos noutro país devido a ato estadual de expulsão.

Um raciocínio semelhante foi, aliás, levado a cabo no Acórdão n.º 474/95 (emanado antes da revisão constitucional de 1997), que, como vimos, estendeu a proibição constitucional de extraditar em função da pena aos casos de prisão perpétua ou de duração indeterminada, com fundamento direto no art. 30.º, n.º1, que proíbe a aplicação de penas e medidas de segurança privativas da liberdade com caráter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida. Tratou-se, assim, de uma verdadeira proteção derivada do direito a não ser extraditado por força da proteção do direito à liberdade. Tanto assim é que o TC julgou inconstitucional a norma respeitante à extradição pela conjugação do art. 30.º, n.º1 com «os princípios da universalidade da igualdade e da equiparação dos estrangeiros e apátridas que se encontrem ou residam em Portugal em matéria de direitos». Mesmo após a revisão constitucional de 1997, que plasmou expressamente na Constituição a proibição de extraditar por crime a que corresponda pena de lesão irreversível da integridade física e pena de prisão perpétua, alguma doutrina continua a considerar que as proibições expressas no art. 33.º não esgotam todas as proibições de extraditar que derivam da Constituição, existindo ainda proibições implícitas, em particular, precisamente nos casos de penas cruéis, desumanas ou degradantes, quando as mesmas não importem «lesão irreversível da integridade física»<sup>1785</sup>. Não podemos deixar de acompanhá-la. De facto, consideramos que estão ainda abrangidas as extradições quando em causa esteja a aplicação de pena que se traduza em tortura, tratamentos desumanos ou degradantes, mesmo que delas não resulte lesão *irreversível* da integridade física ou se traduzam apenas em lesão da integridade moral. A leitura do preceito à luz dos desenvolvimentos do direito internacional dos direitos humanos assim o exige. O TC abre também a porta a esse entendimento, ao referir que «tendo em conta o modo como a Constituição Portuguesa desenvolve, através do reconhecimento de direitos pessoais, a protecção da dignidade da pessoa humana, as penas ou medidas de segurança privativas da liberdade perpétuas ou de duração ilimitada ou indefinida atacam a integridade moral da pessoa, que a Constituição considera “inviolável” (...). Ora, tais penas estão, por isso, expressamente proibidas no n.º2 do art. 25.º da Constituição como “desumanas”, e o mesmo vale para medidas *análogas*»<sup>1786</sup>.

---

<sup>1783</sup> J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, p. 454 e PEDRO GARCIA MARQUES, “Artigo 25.º...”, p. 556.

<sup>1784</sup> PEDRO GARCIA MARQUES, “Art. 25.º...”, p. 552.

<sup>1785</sup> PEDRO CAEIRO, “Proibições Constitucionais de Extraditar...”, p. 21 e ss.

<sup>1786</sup> Acórdão n.º 1/2001, cit. (sublinhado nosso).

Para além de a proteção contra essas expulsões ou extradições derivar do art. 25.º, pode considerar-se ainda que elas decorrem também de uma proteção por *analogia* do art. 33.º da CRP<sup>1787</sup>. Assim, quer pela via da analogia face ao art. 33.º, quer pela via da proteção derivada do art. 25.º, pode considerar-se que a proibição de expulsão ou extradição quando está em causa a sujeição a esses tratamentos decorre da Constituição Portuguesa. A CRP oferece, assim, base suficiente para fundamentar a proteção derivada de um direito a não ser expulso e a permanecer no território se isso acarretar uma violação da integridade pessoal, nomeadamente devido a sujeição do expulsando a tortura, ou a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos.

Tal como se analisou no contexto do art. 3.º da CEDH, também os comentários à Constituição referem uma gradação a nível da gravidade dos tratamentos proibidos. Os menos graves consistem nos tratamentos degradantes, e o nível mais grave corresponde à tortura<sup>1788</sup>. Estão incluídas a aplicação de determinadas penas como as que impliquem a imposição de castigos corporais, eliminação da capacidade de determinação livre da vontade, ou que sejam vexatórias ou humilhantes<sup>1789</sup>. Na densificação do tipo de tratamentos que podem estar abrangidos pela proibição constitucional deverá recorrer-se, por força do art. 16.º da CRP, *inter alia*, aos arts. 3.º da CEDH, 7.º do PIDCP, 3.º da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e 19.º, n.º 2 da CFUE.

Por outro lado, a proteção conferida deve ser entendida, tal como a derivada da CEDH, como uma *proteção absoluta*, i.e., «independentemente de quaisquer circunstâncias, a Lei Fundamental não autoriza tais comportamentos»<sup>1790</sup>. Assim, tal como a proteção conferida pelo art. 3.º da CEDH, também a proteção conferida pelo art. 25.º da Constituição é independente do comportamento do estrangeiro ou dos interesses que poderiam justificar a aplicação da medida.

## 1.5. LEI DE IMIGRAÇÃO PORTUGUESA

A atual lei de imigração consagra, em algumas disposições, manifestações da proteção de direitos de imigração derivados da proibição de sujeição a tratamentos desumanos e degradantes. No contexto da presente dissertação, que exclui do seu âmbito de estudo o direito de asilo, tais manifestação revelam-se no que respeita à *permanência e proibição de expulsão* de estrangeiros, mas também no que respeita à atribuição de estatuto legal a certas categorias de estrangeiros.

O anterior regime legal (Decreto-lei n.º 244/98, de 8 de janeiro) previa já a possibilidade de permanência no território nos casos em que se visava conceder proteção a pessoas contra tratos que as mesmas poderiam sofrer nos países de origem. Previa-se, assim, a regularização de estrangeiros que tivessem deixado de beneficiar de direito de asilo e, ainda, a possibilidade de concessão excecional da permanência de estrangeiros por razões humanitárias. Com a

---

<sup>1787</sup> Refere, neste contexto, J.J. GOMES CANOTILHO que a analogia em Direito Constitucional é usada, precisamente, para os casos em que existe uma «coincidência axiológica significativa». Cf. *Direito Constitucional...*, p.1236.

<sup>1788</sup> J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, p. 456 e PEDRO GARCIA MARQUES, “Artigo 25.º...”, p. 568.

<sup>1789</sup> PEDRO GARCIA MARQUES, “Artigo 25.º...”, p. 584.

<sup>1790</sup> J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, p. 454, PEDRO GARCIA MARQUES, “Art. 25.º...”, p. 568. Cabe sublinhar que este direito não pode ser afetado mesmo no caso de suspensão de direitos fundamentais na vigência de estado de sítio ou de estado de emergência (art. 19.º, n.º 6).

revisão levada a cabo pelo Decreto-lei n.º 4/2001, de 10 de janeiro, o art. 87.º, n.º1, passou ainda a prever a possibilidade de regularização de estrangeiros que padeçam de doença que requeira assistência médica prolongada que obste ao retorno ao país, a fim de evitar risco para a saúde.

Atualmente, a principal norma a ter em conta no que se refere a proibições de expulsão é a constante do art. 143.º, que dispõe que o afastamento coercivo e a expulsão não podem ser efetuados para qualquer país onde o cidadão estrangeiro possa ser perseguido pelos motivos que, nos termos da lei, justificam a concessão do direito de asilo ou onde o cidadão estrangeiro possa sofrer tortura, tratamento desumano ou degradante na aceção do art. 3.º da CEDH. É certo que da redação literal do n.º 3 do art. 143.º decorre que, havendo prova desse risco, daí não derivará necessariamente uma *proibição de expulsão*, já que «o visado é encaminhado para outro país que o aceite». Não obstante, sempre acrescentaremos que, não existindo semelhante país, o estrangeiro não poderá ser expulso do território português.

A leitura desta norma à luz da CRP implica ainda a extensão desta proteção a outros casos, como a proibição de expulsão em caso de aplicação de pena de morte e de sujeição a pena de prisão perpétua.

Por seu turno, o art. 122.º da lei de imigração prevê várias possibilidades de concessão de autorização de residência com dispensa de visto. As mesmas foram fortemente influenciadas pela jurisprudência do TEDH, e visam conceder a possibilidade de permanência no território a estrangeiros que possam sofrer, nos países de origem, tratamentos como os que temos vindo a analisar. Desde logo, a alínea g) do n.º1 permite, à semelhança do regime anterior, a concessão de autorização de residência para aqueles que «sofram de uma doença que requeira assistência médica prolongada que obste ao retorno ao país, a fim de evitar risco para a saúde do próprio». A lei portuguesa consagrou, assim, a jurisprudência do TEDH no que toca à proteção do direito a não ser expulso em caso de doença. Fê-lo, porém, de uma forma mais impressiva. Por um lado, garante proteção a todos os que sofram de doença prolongada e em que a assistência médica requerida obste ao retorno ao país (relembre-se que a jurisprudência do TEDH é, neste ponto, bastante mais tímida, pois este órgão apenas reconheceu um direito de imigração por essa via em casos muito restritos, normalmente ligados a doenças terminais). Por outro lado, a lei portuguesa não se limita a proibir a expulsão do estrangeiro, consagrando uma verdadeira obrigação de emissão de uma autorização de residência, a qual corresponde a um direito subjetivo do estrangeiro.

Por fim, o art. 123.º prevê ainda um «regime excepcional», para efeitos de regularização da situação de estrangeiros que se encontrem em Portugal, mas aos quais não é aplicável nenhuma das situações referidas no art. 122.º ou na legislação que regula o asilo e outros tipos de proteção internacional<sup>1791</sup>. Trata-se dos casos em que se considera estar em causa «razões humanitárias». Neste caso, pode ser concedida aos estrangeiros uma autorização de residência temporária. Mas, note-se, esta norma prevê um regime excecional, e remete para um poder discricionário da administração, e não para um dever a que corresponda um direito subjetivo do estrangeiro visado<sup>1792</sup>. Mais, a jurisprudência dos nossos tribunais tem adotado uma perspetiva bastante restritiva no que toca à verificação dos requisitos referentes à

---

<sup>1791</sup> JÚLIO A. C. PEREIRA & JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *Direito de Estrangeiros...*, p. 407.

<sup>1792</sup> Assim, a jurisprudência do STA: Ac. de 09/02/2005, proc. n.º 02034/03, o Ac.de 07/02/2001, proc. n.º 044852, o Ac. de 27/03/2003, proc. n.º 0831/02.

necessidade de proteção humanitária<sup>1793</sup>. Assim, um dos primeiros arestos na matéria referiu que o procedimento de concessão de autorização de residência previsto no art. 123.º tem natureza oficiosa, sendo impulsionado pela administração, e podendo não existir direito a audiência prévia<sup>1794</sup>. Por outro lado, a jurisprudência tem entendido que o conceito de «razões humanitárias» se afere pelo quadro de valores constitucionais, certas convenções internacionais e da DUDH, e que o preceito não é violado nos casos em que a autorização não foi concedida porque o requerente apenas invocou interesses individuais, designadamente más condições económicas no país, para dela beneficiar<sup>1795</sup>.

## 1.6. SÍNTESE CONCLUSIVA

Através da proibição de sujeição de todas as pessoas a tortura ou a penas ou tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, garantida em vários instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos e no Direito da UE, construiu-se um verdadeiro direito a não ser expulso, se a execução da medida de expulsão acarretar o risco de o estrangeiro incorrer nesses tratamentos no país de destino.

A afirmação generalizada deste direito derivado deve inspirar a leitura a fazer dos preceitos constitucionais, nomeadamente do art. 25.º da CRP, bem como dos vários diplomas emanados no contexto do desenvolvimento de uma política europeia comum de imigração, e, por fim, da lei portuguesa. Deve entender-se, assim, que qualquer norma respeitante à expulsão de estrangeiros possui uma reserva implícita, no sentido de que tal medida apenas pode ser aplicada se não existir o risco de o estrangeiro ser submetido a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

O nível de proteção mais elevado que decorre do direito positivo varia consoante o tipo de tratamento em causa. A lei portuguesa garante atualmente tal nível de proteção no que toca especificamente à proteção derivada do direito a permanecer por força do *estado de saúde* do estrangeiro, que não tem sido afirmado de forma segura pelas instâncias de proteção dos direitos humanos. As demais proibições de expulsão em caso de sujeição a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes ou a pena de morte, decorrem de imposição constitucional, por referência aos arts. 33.º, n.º 6 e 25.º da CRP, lidos à luz, *inter alia*, do art. 3.º da CEDH, do art. 7.º e do art. do PIDCP e 19.º, n.º 2 da CDFUE, por força do art. 16.º da CRP, e dos princípios da universalidade, não discriminação e equiparação.

No entanto, após este excursus, estamos em condições de referir que a proteção do direito a não ser sujeito aos tratamentos aludidos apenas leva imperfeitamente a um reconhecimento de um direito derivado de imigração. E assim é porque, em primeiro lugar, essa proibição é compatível, em alguns casos, com medidas alternativas que não passam por reconhecer um direito à *permanência* no território de acolhimento. Se o Estado que pretende expulsar encontrar um terceiro país que se afigure «seguro», e que esteja disposto a receber o estrangeiro, pode emanar a medida de expulsão. Aí não estará obrigado a reconhecer direitos de imigração porque o estrangeiro não será sujeito a tratamentos contrários aos direitos

---

<sup>1793</sup> No Ac. de 02/03/2000, proc. n.º 044933, o STA referiu que o controlo sobre se, no caso, se está perante “razões humanitárias”, se deve restringir aos casos de «erro grosseiro ou manifesto», ou de utilização de «critério manifestamente desadequado» na decisão administrativa que não concedeu o título de residência.

<sup>1794</sup> V., do Tribunal Central Administrativo – Sul, o Ac. de 07/03/2013, proc. n.º 01949/10.8BEPRT.

<sup>1795</sup> Assim, o Ac. do STA de 02/03/2000, proc. n.º 044933 e Ac. do STA de 23/06/99, proc. n.º 044591.

humanos no país de destino. Assim, a proteção do direito a não ser sujeito a tortura ou a tratamentos desumanos ou degradantes apenas se traduz numa compressão do *ius excludendi* e no reconhecimento derivado de um direito a permanecer no território quando não for possível encontrar outro país que esteja disposto a receber o estrangeiro<sup>1796</sup>. Ainda assim, acreditamos que esta limitação deve ser relativizada. De facto, se esta asserção é válida para os casos em que a sujeição a tratamentos proibidos está ligada com fatores existentes no país de destino, o mesmo já não se pode dizer se estiver ligada a condições atinentes à própria vida ou à própria execução da medida de expulsão em si. Veja-se o caso da pessoa que, devido a condição extremamente precária de saúde, não pode viajar. Nesse caso o tratamento desumano e degradante ocorre com a simples execução da medida de expulsão, pelo que aí, a única forma de o Estado respeitar os direitos humanos do visado é abster-se, pura e simplesmente, de expulsar.

Por fim, a jurisprudência apenas tem retirado da proibição de sujeição a tortura ou a penas e tratamentos desumanos e degradantes o resultado da *proibição de expulsão*. Assim, mesmo quando essa proibição de expulsão é aplicável, apenas se reconhece *um* dos corolários do direito a imigrar – o *direito a permanecer no território*<sup>1797</sup>. Não obstante, julgamos que o respeito integral pelos direitos humanos exige ainda uma obrigação positiva por parte dos Estados, nos casos em que os mesmos ficam impedidos de expulsar um estrangeiro. Trata-se da necessidade de emanar um título legal que permita ao estrangeiro permanecer regularmente no território. De facto, sem esse título, o estrangeiro ficará no espaço do não-direito, sem possibilidade de acesso aos direitos mais básicos, juridicamente inexistente, pelo que essa própria circunstância pode constituir, ela própria, um tratamento desumano e degradante, ou violar o direito à vida privada do estrangeiro<sup>1798</sup>.

---

<sup>1796</sup> Daí que alguns autores afirmem que o art. 3.º da CEDH configura uma importante, mas ainda assim excecional, limitação ao *ius excludendi*. Assim, NICHOLAS BLAKE, “Developments in the Case Law ...”, p. 438.

<sup>1797</sup> Uma obrigação positiva pode decorrer, no entanto, dos casos em que se reconhece um direito ao asilo ou a outras formas de proteção internacional no contexto da imigração forçada, mas esses casos estão fora do âmbito da presente dissertação. V., a título de exemplo, o art. 7.º da Lei de Asilo, que estabelece o regime da proteção subsidiária, e dispõe que é concedida autorização de residência por proteção subsidiária aos estrangeiros que sejam impedidos ou se sintam impossibilitados de regressar ao país da sua nacionalidade ou da sua residência habitual, quer atendendo à sistemática violação dos direitos humanos que aí se verifique, quer por correrem o risco de sofrer “ofensa grave”, o que abrange, *inter alia*, a pena de morte ou execução, a tortura ou pena ou tratamento desumano ou degradante, ou a ameaça grave contra a vida ou a integridade física do requerente, resultante de violência indiscriminada em situações de conflito armado internacional ou interno ou de violação generalizada e indiscriminada de direitos humanos. Sobre esse assunto v., por todos, ANDREIA SOFIA PINTO OLIVEIRA, *O Direito de Asilo*. Note-se, no entanto, que a proteção oferecida não é absoluta, podendo ser excluída nomeadamente devido ao perigo que o estrangeiro possa representar para a ordem pública. V., assim, o art. 9.º da mencionada lei. Não obstante, a proibição de expulsar ou repelir formulada no art. 47.º da mesma lei já se encontra desenhada em termos absolutos.

<sup>1798</sup> Cf. *infra*, ponto 3 do presente Capítulo. Não obstante, o TEDH decidiu um caso, em 2005, em que um estrangeiro se queixou pelo facto de as autoridades holandesas não lhe terem concedido um título de residência, quando não o podiam expulsar devido à necessidade de respeito pelo art. 3.º da CEDH. O TEDH afirmou que nem o art. 3.º nem qualquer outra disposição da CEDH garantia, como tal, o direito a obter um título de residência. V. dec. de 15/09/2005, *Bonger c. Holanda*, queixa n.º 10154/04.

## 2. PROTEÇÃO DA UNIDADE FAMILIAR

### 2.1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O direito a viver em família é inerente à dignidade humana, e, por isso, é universal e comum a todas as culturas e tradições<sup>1799</sup>. No entanto, um *direito à unidade familiar* não se encontra previsto expressamente, como tal, nos vários instrumentos de proteção dos direitos humanos<sup>1800</sup>. Ele é uma decorrência do direito fundamental a viver em família ou à vida familiar, protegido por vários desses instrumentos, bem como do reconhecimento, pelos mesmos, da família enquanto unidade fundamental da sociedade. Neste ponto ocupa um lugar central a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que refere no art. 12.º que «ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família (...)» e no art. 16.º, n.º3, que «a família é o elemento natural e fundamental da sociedade, e tem direito à proteção desta e do Estado». Atente-se, neste contexto, na formulação inglesa, cujo art. 16.º, n.º3 refere que a família é «*the natural and fundamental group unit of society*». Ora, quer o direito à família, quer a conceção da família como unidade basilar da sociedade pressupõem quer o direito de os membros da família viverem juntos<sup>1801</sup>, *i.e.*, o direito a uma vida familiar *partilhada*<sup>1802</sup>, quer a *manutenção* dessa unidade. O reconhecimento de um direito à unidade familiar é, assim, inerente ao reconhecimento da família e da vida familiar, por um lado como *direitos humanos*<sup>1803</sup> e por outro como *institutos fundamentais* da sociedade<sup>1804</sup>.

Apesar do consenso universal na importância da família, não existe semelhante consenso no que toca ao *conceito de família*. Alguns autores falam de tal conceito no âmbito do direito internacional humanitário, e que coincidiria com o grupo de pessoas que se consideram a si

---

<sup>1799</sup> MILÈNE NYS, *L'Immigration...*, p. 127 e 599. Sobre o facto de o direito ao respeito pela vida familiar ser considerado como uma norma costumeira de direito internacional, v. VINCENT CHÉTAIL, “The Transnational Movement of Persons...”, p. 43.

<sup>1800</sup> Sobre a proteção do direito à vida familiar, em geral, pelos vários instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, v. MILENE NYS, *L'Immigration...*, p. 80 e ss., FRANÇOIS BOULANGER, “La Vie Familiale...”, p. 201 e ss., HENRI LABAYLE, “La Diversité des Sources ...”, p. 4., sobre a consagração do direito à família na DUDH, v. MAJA KIRILOVA ERIKSSON, “Article 16”, p. 247 e ss., PATRICK DOLLAT, “Le Droit de Vivre em Famille...”, p. 690.

<sup>1801</sup> INTERNATIONAL ORGANISATION FOR MIGRATION, *Glossary on Migration...*, p. 24.

<sup>1802</sup> KATE JASTRAM, “Family Unity...”, p. 185.

<sup>1803</sup> Neste sentido, FOURLANOS refere que, contrariamente ao simples conceito de família, o conceito de «vida familiar» pressupõe, naturalmente, que os membros da mesma vivam juntos. Assim, a separação dos membros da família pode não influir na própria subsistência daquela *família*, mas, já pelo contrário, quebra a *vida familiar*. Assim, o autor refere que a obrigação de respeito pela vida familiar é mais forte que a simples obrigação de respeito pela família, já que implica a necessidade de *manutenção da unidade familiar*. Cf. GERASSIMOS FOURLANOS, *Sovereignty and the Ingress...*, p. 102. A unidade familiar é, porém, apenas um aspeto do *direito à vida familiar*, que abrange outros corolários para além do simples direito de a família viver *junta*, como, desde logo, o direito a viver o espaço familiar sem ingerências de qualquer tipo, ou o acesso da família a direitos sociais no Estado de acolhimento. Sobre este ponto, v. MILÈNE NYS, *L'Immigration...*, p. 138 e 203, HENRI LABAYLE, “La Diversité des Sources ...”, p. 1, e HÉLÈNE LAMBERT, “Family Unity in Migration Law...”, p. 200.

<sup>1804</sup> KATE JASTRAM, & KATHLEEN NEWLAND, “Family Unity and Refugee Protection...”, p. 566. Referem as autoras que, se os membros da família não tivessem o direito a viver juntos, não haveria um grupo a proteger. Também FOURLANOS refere que, se essa unidade é merecedora de proteção, é quase tautológico afirmar que a *unidade* do grupo está incluída em tal proteção. GERASSIMOS FOURLANOS, *Sovereignty and the Ingress...*, p. 94.

próprias como parte da família, e que desejam viver juntas<sup>1805</sup>. Não obstante, e em particular no que toca ao domínio da imigração, esse conceito está longe de coincidir com o que é efetivamente considerado como merecedor de proteção pelos organismos internacionais, como se verá. Por outro lado, tem-se entendido que, sendo embora os Estados obrigados a respeitar a unidade familiar, isso não implica que os mesmos tenham de aceitar um conceito de família que não corresponda ao que vigora no seu território e que pode, inclusivamente, pôr em causa o conceito de ordem pública vigente<sup>1806</sup>.

A proteção da unidade familiar do estrangeiro tem constituído um dos exemplos mais desenvolvidos de proteção derivada de direitos de imigração, nos casos em que a entrada ou permanência de estrangeiros no território de acolhimento se afigura necessária para garantir a coesão do núcleo familiar. De forma a proteger a unidade familiar, reconhece-se que o Estado de acolhimento pode ficar vinculado a permitir a entrada de estrangeiros no seu território, de forma a poderem reunir-se aos familiares aí residentes (reagrupamento ou reunificação familiar), bem como a abster-se de expulsar estrangeiros quando essa medida acarrete a separação da família. De facto, não basta garantir que a família se reúna, sendo ainda necessário assegurar que a família permaneça unida, o que pode implicar não só proibições de expulsão, como ainda obrigações respeitantes ao estatuto legal dos familiares.

Enquanto nos casos de expulsão a família se encontra unida no território de acolhimento, podendo o Estado ficar privado de usar o *ius excludendi*, se isso implicar a separação da família, no caso de reagrupamento, a família já se encontra separada, devido a uma primeira imigração de um dos membros dessa família, e o que se requer é que o Estado de acolhimento permita a entrada dos demais membros no território, o que pode implicar uma compressão do seu *ius includendi*. O reagrupamento familiar, que é hoje reconhecido por todas as legislações dos Estados-Membros da UE, é um mecanismo que visa precisamente efetivar o direito de estrangeiros entrarem no território de um Estado de forma a poderem aí reunir-se aos membros da sua família aí residentes<sup>1807</sup>. No entanto, os autores encontram-se ainda divididos no que toca a saber se se pode falar de um verdadeiro direito humano ao reagrupamento familiar<sup>1808</sup>.

---

<sup>1805</sup> KATE JASTRAM, “Family Unity...”, p. 198. Alguns autores referem que as primeiras disposições respeitantes à unidade familiar podem ser encontradas no direito internacional humanitário, nomeadamente na 4ª Convenção de Genebra, de 1949, que continha várias disposições referentes às famílias separadas por força da guerra. Cf. KATE JASTRAM, & KATHLEEN NEWLAND, “Family Unity and Refugee Protection...”, p. 576.

<sup>1806</sup> Assim, também, GERASSIMOS FOURLANOS, *Sovereignty and the Ingress...*, p. 92. V. ainda, FERRUCIO PASTORE, “Famiglie Immigrate e Diritti Occidentali...”, p. 73 e ss., ANNAMARIA GALOPPINI, “Ricongiungimento Familiare e Poligamia”, p. 739 e ss. e o nosso estudo “Do Reconhecimento de Efeitos a Casamentos Poligâmicos...”.

<sup>1807</sup> INTERNATIONAL ORGANISATION FOR MIGRATION, *Glossary on Migration ...*, p. 24. O instituto do reagrupamento familiar é definido, na alínea d) do art. 2.º da Diretiva 2003/86/CE relativa ao reagrupamento familiar, como «a entrada e residência num Estado-Membro dos familiares de um nacional de um país terceiro que resida legalmente nesse Estado, a fim de manter a unidade familiar (...)». Note-se, a este propósito, a evolução do conceito de reagrupamento familiar. No início, era perspectivado como um *instrumento* da política de imigração, como um privilégio a conceder aos trabalhadores migrantes. Hoje, o instituto fundamenta-se num direito basilar da pessoa, como é o da unidade familiar. Sobre este aspeto, v. SYLVAIN GRATALOUP, *L'enfant et sa famille...*, p. 213. No caso dos refugiados, que se encontra fora do âmbito de estudo da presente tese, o reconhecimento de um direito ao reagrupamento familiar pode ainda decorrer da sua especial condição de imigrantes forçados. Sobre este aspeto, v. FREDERIC BONNOT, “Les Principes Généraux du Droit...”, p. 1380 e ss., KATE JASTRAM, & KATHLEEN NEWLAND, “Family Unity and Refugee Protection...”, p. 556 e 581 e ss., DALLAL STEVENS, “The Asylum Seeking...”, p. 225.

<sup>1808</sup> KATE JASTRAM, por exemplo, defende já existir semelhante reconhecimento. Cf. “Family Unity...”, p. 186. Já T. ALEXANDER ALEINIKOFF refere que ainda não se pode falar de um consenso no que toca a esse

Neste ponto o que analisaremos é de que forma se tem reconhecido a proteção de direitos de acesso, permanência e aquisição de estatuto legal no território através da proteção do direito à unidade familiar. Começaremos por analisar as respostas dadas pela jurisprudência do TEDH no que toca à proteção do art. 8.º da CEDH (2.2.). Analisaremos, de seguida, de que forma tal proteção pode derivar de outros instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos (2.3.), bem como do direito da União Europeia (2.4.). Por fim, analisaremos de que modo a Constituição permite acolher essa mesma proteção (2.5.), terminando com uma breve referência à lei de imigração portuguesa atualmente em vigor (2.6.).

## 2.2. JURISPRUDÊNCIA DOS ÓRGÃOS DE GARANTIA DA CEDH.

### 2.2.1. Considerações gerais sobre o Art. 8.º da CEDH

O art. 8.º da CEDH estabelece, no n.º1, que «qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência» e, no n.º2, que «não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros». Esta norma foi inspirada no art. 12.º da DUDH<sup>1809</sup>. Note-se, porém que, contrariamente ao art. 8.º, aquele não possui uma cláusula de derrogação<sup>1810</sup>.

O direito à vida familiar, protegido no art. 8.º, distingue-se do direito a casar e constituir família, previsto no art. 12.º da CEDH. De facto, o art. 8.º protege não só o direito a viver em família, como ainda o direito à vida privada. Por outro lado, tem-se considerado que o termo «família» previsto no art. 8.º da CEDH é mais amplo que o previsto no art. 12.<sup>1811</sup>. O art. 8.º é, aliás, considerado como uma das normas mais «abertas» da CEDH<sup>1812</sup>. Ademais, o art. 12.º protege o direito a constituir família *ex novo*, enquanto o art. 8.º protege os indivíduos contra ingerências nas famílias já constituídas<sup>1813</sup>.

O art. 8.º tem como fim primordial proteger o indivíduo contra ingerências arbitrárias do Estado na família. Note-se, em primeiro lugar, que isso significa que o art. 8.º é tido como

---

reconhecimento. Cf. “International Legal Normas and Migration...”, p. 18. V. ainda, no mesmo sentido, HENRI LABAYLE, “Le droit des étrangers au regroupement familial...”, p. 103. Já VINCENT CHÉTAIL fala de um direito, reconhecido pelo direito internacional geral ou comum, ao reagrupamento familiar dos filhos menores com seus progenitores, quando se revista como a única forma de a família ser levada a cabo. Cf. “The Transnational Movement of Persons...”, p. 43.

<sup>1809</sup> Sobre os trabalhos preparatórios, v. CARLO RUSSO, “Article 8...”, p. 305.

<sup>1810</sup> A cláusula prevista no n.º2 do art. 8.º que prevê as derrogações admissíveis à proteção da vida familiar foi inserida por iniciativa do Reino Unido.

<sup>1811</sup> JACOBS & WHITE, *The European Convention...*, p. 178.

<sup>1812</sup> *Idem*, p. 241.

<sup>1813</sup> RICHARD CLAYTON & HUGH TOMLINSON, *The Law of Human Rights...*, p. 912.



consagrando um *direito* do indivíduo<sup>1814</sup>. De facto, a CEDH não contém, ao contrário da DUDH, uma disposição específica destinada a proteger a «família enquanto elemento natural e fundamental da sociedade». Trata-se, assim, de proteger o direito individual de cada um *à sua família*.

À primeira vista, a formulação do n.º1 do art. 8.º da CEDH, ao falar em «respeito», remete para uma obrigação estadual corresponsiva de não interferência, *i.e.*, para uma *obrigação negativa*. No entanto, a jurisprudência do TEDH tem desenvolvido a ideia de que ela pode implicar obrigações positivas. Assim, para além da obrigação negativa de não interferir ilegítimamente na vida familiar, ao Estado incumbe ainda a obrigação positiva de assegurar que o direito à vida familiar é garantido e respeitado plenamente<sup>1815</sup>. Desta ideia podem derivar obrigações positivas concretas que podem revestir a mais diversa natureza, como a obrigação de emanar atos administrativos, até à exigência de regras no direito interno que protejam os aspetos essenciais da vida familiar<sup>1816</sup>. Neste sentido, pode existir uma ingerência estadual arbitrária na vida familiar pelo facto de o Estado não ter adotado as medidas positivas necessárias para se garantir o exercício efetivo do direito à vida familiar.

O âmbito de proteção do art. 8.º abrange, em particular, o direito à unidade familiar, como o direito de cada um a viver com a sua família<sup>1817</sup> e, assim, a não ser arbitrariamente separado dos demais membros da família. No domínio específico da imigração, esse direito pode implicar, como já se referiu, quer o direito ao reagrupamento familiar, *i.e.*, o direito de um estrangeiro entrar no território para aí se reunir aos membros da sua família, quer o direito a não sair do mesmo, se isso implicar a separação dos membros da família aí residentes. Importa saber de que forma a jurisprudência do TEDH tem desenvolvido semelhantes direitos a partir do art. 8.º da CEDH.

### 2.2.2. Princípios gerais de decisão

O TEDH tem afirmado permanentemente que o controlo da entrada e saída de estrangeiros do território estadual poderá implicar ingerências na vida familiar dos estrangeiros<sup>1818</sup>. E tem afirmado que as ingerências na vida familiar podem resultar não só da violação de obrigações negativas, de abstenção, mas também da violação de obrigações positivas. As primeiras estariam em causa nas decisões relativas à expulsão do território, enquanto as segundas estariam em causa no que toca a decisões relativas à entrada no território. Assim, seriam protegidas duas dimensões do direito de imigração, pela via proteção do direito à vida familiar – enquanto direito de entrada, comportando a correspondente

---

<sup>1814</sup> A doutrina tem sublinhado que o art. 8.º da CEDH se destina a proteger os direitos individuais de cada pessoa, e não a instituição da família. V. FRANÇOISE DEKEUWER-DÉFOSSEZ, “Conclusions...”, p. 389, FREDERIC SUDRE, “La «Construction» par le Juge Européen...”, p. 13.

<sup>1815</sup> Este entendimento foi consagrado pela primeira vez na dec. de 13/06/1979, *Marckx c. Bélgica*, queixa n.º 6833/74. Sobre este ponto v., entre nós, SUSANA ALMEIDA, *O Respeito pela Vida (Privada) e Familiar...*, p. 87 e ss.

<sup>1816</sup> JACOBS & WHITE, *The European Convention...*, p. 174. Assim, por exemplo, o TEDH retirou do art. 8.º da CEDH a obrigação de os Estados preverem formas de estabelecimento da filiação, de as pessoas unidas pelo matrimónio se poderem separar ou de erradicarem a discriminação dos filhos nascidos fora do casamento.

<sup>1817</sup> *«Le droit d'être ensemble»*, na terminologia de ADELINE GOUTTENOR, “Les Droits et Obligations...”, p. 82.

<sup>1818</sup> A Comissão afirmou esse entendimento logo em 1963, referindo: «*in certain circumstances, refusals to give certain persons access to, or allow them to take up residence in, a particular country, might result in the separation of such persons from the close members of their family which could raise serious problems under article 8 of the Convention*» (queixa n.º 1855/63, X. c. *Dinamarca*, apud JOÃO MADUREIRA, “La Jurisprudence...”, p. 135).

obrigação positiva de o Estado permitir a entrada de estrangeiros para aí se juntarem aos seus familiares, e enquanto direito de permanência no território, comportando a obrigação negativa de o Estado se abster de expulsar os estrangeiros do mesmo, e de emanar decisões acessórias de proibição de reentrada no território. Tem-se também afirmado, ainda que de forma tímida, uma obrigação positiva de concessão de determinado estatuto de residência.

Não obstante, o TEDH tem também sustentado permanentemente que, do art. 8.º da CEDH, não decorre automaticamente um direito a entrar ou a permanecer no território. De facto, nos casos de matéria de imigração em que os recorrentes invocam a violação do art. 8.º da CEDH, o TEDH começa sempre por enunciar o princípio geral de direito internacional de acordo com o qual o Estado tem o direito de controlar a entrada de não nacionais no território, como já se referiu. De seguida, afirma que o art. 8.º da CEDH impõe, de facto, limitações à liberdade dos Estados de controlar a imigração. Finalmente, refere que o reconhecimento ou não de uma limitação dos poderes de controlo da imigração por força da proteção do direito à vida familiar decorrerá da realização de uma ponderação entre os interesses individuais e os da comunidade no caso concreto. Por fim, afirma ainda que o objetivo essencial do art. 8.º é proteger o indivíduo contra ações arbitrárias por parte das autoridades nacionais, o que pode, em certos casos, exigir o cumprimento de «obrigações positivas» inerentes a um respeito «efectivo» pela vida familiar<sup>1819</sup>.

### 2.2.3. Evolução da jurisprudência

A jurisprudência dos órgãos de garantia da CEDH não tem sido linear no que toca ao reconhecimento de direitos de imigração derivados da garantia ínsita no art. 8.º da CEDH. A abordagem desses órgãos tem sido diversa consoante esteja em causa o reconhecimento de um direito a entrar no território ou de um direito a permanecer no mesmo, embora, num primeiro momento, a ComEDH analisasse ambos os casos de acordo com os mesmos critérios. Começaremos por analisar a evolução desta jurisprudência no que toca à proteção de um direito derivado da *permanecer no território*, passando depois para a análise dessa evolução no que toca à proteção derivada de um direito a *entrar no território*. Teceremos, por fim, algumas considerações no que toca à proteção de um *estatuto legal* específico.

#### a) *A permanência no território*

A jurisprudência do TEDH neste contexto tem sofrido oscilações ao longo dos tempos<sup>1820</sup>. FREDERIC SUDRE divide essa evolução em três momentos : num primeiro momento, o TEDH concedia uma proteção reforçada contra as medidas de expulsão dos chamados imigrantes de segunda geração ou profundamente integrados<sup>1821</sup>. Num segundo

---

<sup>1819</sup> Sobre os princípios gerais de decisão neste contexto, v. entre outros, HÉLÈNE LAMBERT, “The European Court...”, p. 433, HENRI LABAYLE, “Le droit des étrangers au regroupement familial...”, p. 105, JOËL ANDRIANTSIMBAZOVINA, “Le maintien du lien familial des étrangers...”, p. 211 e ss.

<sup>1820</sup> Sobre a evolução da jurisprudência da ComEDH na matéria, v. ANDREW DRZEMCZEWSKI, “The Position of Aliens...”, p. 367 e ss., YVES MADIOT, “Un Statut Européen ...”, p. 56 e ss., MARK. E. VILLIGER, “Expulsion and the right...” p. 657 e ss. e HUGO STOREY, “The Right to Family Life ...”, p. 329 e ss.

<sup>1821</sup> JEAN-FRANÇOIS FLAUSS, fala, neste período, de uma obrigação quase absoluta de não expulsão dos imigrantes de segunda geração. Cf. “L’Étranger, entre Souveraineté...”, p. 66.

momento, o TEDH passou a dar mais importância aos motivos estaduais que justificavam a aplicação da medida de expulsão. Finalmente, com a decisão no caso *Boultif*, em 2001, o TEDH decidiu sistematizar os critérios de decisão, de forma a ponderar os vários interesses em presença<sup>1822</sup>. Alguns autores consideram que, dessa forma, o TEDH começou a dar mais relevância aos interesses dos familiares, que, assim, passaram a ter mais visibilidade<sup>1823</sup>.

No início, pois, o TEDH começou por adotar uma posição bastante garantista, fazendo prevalecer os interesses dos estrangeiros objeto de uma medida de expulsão. Os primeiros arestos mais marcantes na matéria foram os emanados nos casos *Moustaquim*, *Beldjoudi* e *Nasri*. Nessas decisões, o TEDH, sem pretender pôr em causa o poder soberano dos Estados em expulsar estrangeiros do seu território, estava sobretudo preocupado em indicar às autoridades estaduais que um tal poder não era discricionário. Em todos esses casos, os recorrentes eram estrangeiros que haviam sido objeto de uma medida de expulsão devido à prática de ilícitos criminais. No primeiro caso, *Moustaquim*<sup>1824</sup>, o recorrente era um cidadão marroquino que havia cometido vários ilícitos criminais menores e que vivia na Bélgica desde o primeiro ano de vida. A sua expulsão do território resultaria em separá-lo dos pais e irmãos, pelo que o TEDH considerou que a mesma constituía uma ingerência ilegítima na sua vida familiar<sup>1825</sup>. Para tal, teve em conta o facto de o recorrente ser menor à data da expulsão, de os pais e sete irmãos viverem na Bélgica, e de também ele aí residir há vinte anos, tendo apenas regressado ao país de origem duas vezes nas férias. Uma solução semelhante foi alcançada no caso *Beldjoudi*<sup>1826</sup>, em que o recorrente era um cidadão argelino que havia vivido em França durante toda a vida, tinha frequentado escolas francesas, e era casado há mais de vinte anos com uma francesa. O recorrente demonstrou que a esposa não o poderia seguir para o país de origem sem sofrer grandes dificuldades de adaptação. O TEDH considerou que a medida de expulsão colocaria em perigo a unidade ou a própria existência da família conjugal. Teve ainda em consideração o facto de o recorrente ter possuído, no passado, a nacionalidade francesa, tendo-a perdido, durante a menoridade, por falta de cumprimento de formalidades por parte dos pais. O estrangeiro havia, contudo, manifestado intenção de readquiri-la, o que não deixou de ser tido em conta favoravelmente.

Por fim, cabe mencionar o caso *Nasri*<sup>1827</sup>. Neste caso, o recorrente era também um nacional argelino, surdo-mudo e analfabeto, que apenas conseguia comunicar com a família próxima e manifestava ainda alguns desequilíbrios psicológicos. Foi objeto de uma medida de expulsão devido a um longo percurso de condenações penais. Tendo em conta que a maior parte dos familiares eram cidadãos franceses, sem qualquer ligação com a Argélia, e que o recorrente necessitava da presença dos mesmos para manter um mínimo de equilíbrio social e psicológico, o TEDH considerou que a medida de expulsão consubstanciava, no caso, uma ingerência ilegítima na sua vida familiar.

<sup>1822</sup> Dec. de 02/08/2001, *Boultif c. França*, queixa n.º 54273/00.

<sup>1823</sup> PIETER BOELES, MAARTEN DEN HEIJER, GERIE LODDER & KEES WOUTERS, *European Migration Law...*, p. 216.

<sup>1824</sup> Dec. de 18/02/1991, *Moustaquim c. Bélgica*, queixa n.º 12313/86.

<sup>1825</sup> Criticando esta decisão, pelo facto de os membros da família não possuírem a nacionalidade do país de acolhimento, CARMEN TIBURCIO, *The Human Rights...*, p. 120.

<sup>1826</sup> Dec. de 26/03/1992, *Beldjoudi c. França*, queixa n.º 12083/86. V. o comentário desta decisão por JEAN-YVES CARLIER, “Vers l’interdiction d’expulsion...”, p. 449 e ss.

<sup>1827</sup> Dec. de 13/07/1995, *Nasri c. França*, queixa n.º 19465/92.

Neste grupo de casos, pois, o TEDH considerou que as exigências de ordem pública que fundamentavam a aplicação das medidas de expulsão não prevaleciam em relação às ligações familiares e ao grau de integração dos estrangeiros na sociedade de acolhimento.

Em matéria de expulsão motivada por irregularidade da estadia no território, cabe mencionar o caso *Berrehab*<sup>1828</sup>. No caso, as autoridades holandesas não renovaram a autorização de residência a um estrangeiro, cidadão marroquino, que havia casado com uma cidadã nacional, da qual entretanto se tinha divorciado, tendo ainda ficado desempregado. O recorrente tinha uma filha da ex-mulher, da qual não tinha a guarda, mas que visitava regularmente. O TEDH sublinhou que o caso não dizia respeito a uma primeira admissão, mas sim a uma pessoa que já havia tido residência legal no território, bem como casa, trabalho e laços familiares no mesmo. Assim, considerou que a medida de expulsão configurava uma ingerência desproporcionada nas relações familiares do recorrente com a filha. Para tal, teve especialmente em atenção os interesses da filha menor, e a importância dos contactos frequentes com o pai. Por um lado, considerou que a filha não podia seguir o pai para Marrocos. Por outro lado, entendeu que o exercício de direitos de visita através de viagens de Marrocos para a Holanda por curtos períodos de tempo não consubstanciava uma hipótese realista<sup>1829</sup>.

Estes vários arestos foram alvo de críticas por parte da doutrina, que acusaram o TEDH de não ter suficientemente em conta as exigências de ordem pública, fazendo com que fosse muito difícil ou quase impossível, a expulsão de imigrantes de segunda geração ou integrados no território<sup>1830</sup>.

Esta tendência manteve-se essencialmente até 1996, data do Acórdão do caso *Boughanemi*<sup>1831</sup>. No caso, o recorrente era um cidadão tunisino, que vivia em França desde os oito anos de idade, e que foi objeto de uma decisão de expulsão do país, justificada pela existência de várias condenações penais. Após a execução da expulsão, regressou a França ilegalmente, e iniciou uma relação amorosa com uma cidadã nacional, reconhecendo posteriormente um filho desta. Os seus pais e irmãos viviam legalmente em França, mas o recorrente não coabitava com os mesmos. O TEDH considerou que a expulsão acarretaria a separação do recorrente da família. No entanto, decidiu que, face às condenações penais de que o recorrente fora alvo e ainda às ligações mantidas por este com o país de origem, a referida ingerência na vida familiar era não desproporcionada.

A partir desse ano, o TEDH mudou a sua orientação inicial. Passou a adotar uma abordagem mais restritiva, introduzindo na análise o funcionamento da *teoria da margem de apreciação*. A apreciação da necessidade de adoção da medida de expulsão passou, então, a ser temperada com o reconhecimento de que os Estados possuem margem de apreciação para decidir da mesma<sup>1832</sup>. Em vários casos posteriores, o TEDH confirmou esta nova

---

<sup>1828</sup> Dec. de 21/06/1988, *Berrehab c. Holanda*, queixa n.º 10730/84. Para um comentário deste caso, v. HUGO STOREY, “The Right to Family Life ...”, p. 334.

<sup>1829</sup> Esta decisão levou a uma alteração na lei de imigração holandesa, que introduziu a autorização de residência para efeitos de exercício de direito de visita de filhos menores. Sobre este ponto, v. BETTY DE HART, “Love Thy Neighbour...”, p. 151.

<sup>1830</sup> Cf. MICHEL LEVINET, “L'éloignement...”, p. 91, JEAN-FRANÇOIS FLAUSS, “L'Étranger, entre Souveraineté...”, p. 66.

<sup>1831</sup> Dec. de 24/04/1996, *Boughanemi c. França*, queixa n.º 22070/93.

<sup>1832</sup> SYLVIE SAROLÉA, *Droits de l'Homme...*, p. 237.

abordagem<sup>1833</sup>. A partir de então, apenas quando estivessem reunidas circunstâncias muito específicas e suficientemente fortes, o TEDH condenaria um Estado que tivesse aplicado uma medida de expulsão de estrangeiros do território<sup>1834</sup>. Assim, vários comentários à jurisprudência desta época referem que, desde 1996, o TEDH passou a demonstrar uma maior sensibilidade aos imperativos de ordem pública, nomeadamente quando estavam em causa crimes graves, como os crimes de violência sexual (assim, o caso *Boughanemi*<sup>1835</sup>), ou de tráfico de estupefacientes, que o TEDH apelida como sendo «fonte de desagregação das sociedades europeias» (assim, o caso *Dalia*<sup>1836</sup>). Neste sentido, começaram a surgir algumas críticas por se considerar que o TEDH reconhecia demasiada «margem de apreciação» na matéria aos Estados<sup>1837</sup>. Mas a verdade é que, internamente, os juízes do TEDH estavam bastante divididos nesta matéria, como se denota pelos vários votos de vencido subscritos em alguns arestos<sup>1838</sup>.

Em 2001 assistiu-se a uma nova evolução jurisprudencial. O TEDH decidiu o caso *Boutif*, que se tornou histórico pelo facto de aquele tribunal ter fixado os vários critérios que deviam pautar as decisões sobre respeito pela vida familiar nos casos de expulsão do território, e que se analisarão mais à frente<sup>1839</sup>. O caso não era muito diferente dos demais com que o TEDH já se havia confrontado: as autoridades suíças haviam recusado renovar a autorização de residência de um cidadão argelino, casado com uma cidadã suíça, devido à prática de ilícitos criminais. O recorrente havia vivido na Suíça de 1992 a 1998. Tinha vivido a maior parte da sua vida no país de origem, e não logrou provar possuir laços especialmente fortes com o país de acolhimento. Ainda assim, o TEDH acabou por concluir que a medida estadual tinha consubstanciado uma ingerência ilegítima na vida familiar do recorrente, face à pouca gravidade do ilícito cometido e à falta de recorrência na atividade criminosa, bem como ao facto de se ter provado que a mulher do recorrente não poderia seguir o mesmo para o país de destino, sendo praticamente impossível a vida familiar estabelecer-se fora da Suíça<sup>1840</sup>.

<sup>1833</sup> Dec. de 07/08/1996, *C. c. Bélgica*, queixa n.º 21794/93, dec. de 29/01/1997, *Bouchelkia c. França*, queixa n.º 23078/93, dec. de 29/01/1997, *El Boujaïdi c. França*, queixa n.º 25613/94, dec. de 19/02/1998, *Dalia c. França*, queixa n.º 26102/95 e dec. de 30/11/1999, *Baghli c. França*, queixa n.º 34374/97. Não obstante, em alguns casos reconheceu que a medida de expulsão consubstanciava uma ingerência ilegítima na vida familiar. Veja-se, a título de exemplo, a dec. de 26/09/1997, *Mehemi c. França*, queixa n.º 25017/94.

<sup>1834</sup> Uma dessas circunstâncias excecionais verificou-se no caso decidido em 11/07/2000, *Ciliz c. Holanda*, queixa n.º 29192/95. No caso, o recorrente foi objeto de uma medida de expulsão quando se encontrava pendente um processo respeitante ao exercício das suas responsabilidades parentais. O TEDH considerou que a expulsão e a recusa de entrada constituíam ingerências ilegítimas na vida familiar.

<sup>1835</sup> Dec. de 24/04/1996, *Boughanemi*, *cit.*

<sup>1836</sup> Dec. de 19/02/1998, *Dalia*, *cit.* Este aresto é particularmente ilustrativo da nova abordagem mais restritiva do TEDH, uma vez que estava em causa a expulsão de uma estrangeira que havia sido condenada apenas a um ano de prisão, e que, nessa sequência, se via forçada a levar o filho, de tenra idade, para o país de origem.

<sup>1837</sup> GAUTHIER DE BECO, “Quels Critères pour l’Expulsion...”, p. 448.

<sup>1838</sup> Assim, a título de exemplo, a dec. de 24/04/1996, *Boughanemi*, *cit.*, e a dec. de 30/11/1999, *Baghli c. França*, que mereceram dois votos de vencido.

<sup>1839</sup> Dec. de 02/08/2001, *Boutif*, *cit.*

<sup>1840</sup> A este seguiram-se casos com contornos bastante semelhantes, em que se aplicaram os critérios da jurisprudência *Boutif*. Cf. dec. de 31/10/2002, *Yildiz c. Áustria*, queixa n.º 37295/97 e dec. de 11/07/2002, *Amrollahi c. Dinamarca*, queixa n.º 56811/00. Neste último caso, o TEDH referiu-se a um critério adicional: o facto de a mulher do expulsando não ser muçulmana, o que demonstraria obstáculos acrescidos com que a mesma se depararia no país de origem do marido. Sobre este aspeto, v. BETTY DE HART, “Love Thy Neighbour...”, p. 148.

Os critérios de decisão fixados no caso *Boultif* foram depois reafirmados no caso *Üner*<sup>1841</sup>. Neste último litígio, um cidadão turco, na sequência de uma condenação penal, foi objeto de uma medida de interdição de entrada no território holandês durante dez anos. O recorrente vivia na Holanda desde os 12 anos de idade. Depois de ter sofrido uma primeira condenação penal em 1991, teve um filho com uma cidadã holandesa em 1992. Em 1994, voltou a ser condenado. Durante o cumprimento da pena, a sua companheira deu à luz mais um filho do recorrente. O TEDH concluiu que não tinha havido violação do art. 8.º. Esta decisão foi criticada por alguns autores, por considerarem que, apesar da gravidade do ilícito, todos os demais fatores concorriam a favor do recorrente<sup>1842</sup>.

Não obstante a fixação dos critérios de decisão nestes últimos arestos, a doutrina continuou a defender que o TEDH não usava os mesmos de forma homogênea, e que a jurisprudência continua a ser imprevisível<sup>1843</sup>. Ora, os mais recentes casos demonstram que as críticas têm razão de ser. Veja-se a diferente solução chegada em relação a expulsões emanadas pelas autoridades suíças em dois casos com contornos algo semelhantes e ambos fundamentados na prática de crime de tráfico de droga: no caso *Kissina Koffi*, a expulsanda era casada com um cidadão com quem tinha um filho em comum<sup>1844</sup>. No caso *Udeb*, o expulsando era divorciado de uma cidadã e tinha filhos de dupla nacionalidade, que residiam com a mãe<sup>1845</sup>. No primeiro caso, atendendo ao facto de a expulsanda apenas residir há seis anos no país, e de o filho ter seis anos de idade, o TEDH julgou a medida de expulsão justificada, considerando que o filho tinha uma idade que o permitiria adaptar-se ao país de origem da mãe. Já no segundo caso, o TEDH considerou que a expulsão violava o art. 8.º, ainda que o recorrente tivesse sido condenado numa pena superior à da primeira recorrente, já que a expulsão não lhe permitiria prosseguir a vida familiar com o filho, pelo facto de ser divorciado da mãe do mesmo. Devido a essa situação particular, ficava precluída a possibilidade de a família se mudar toda para esse país de origem<sup>1846</sup>.

### **b) A entrada no território**

A jurisprudência do TEDH tem sido bastante cautelosa no que toca ao reconhecimento de um direito derivado a *entrar* no território por força da proteção da vida familiar do estrangeiro, que corresponderia a uma obrigação positiva por parte dos Estados<sup>1847</sup>. Tal cautela deriva do facto de o TEDH conceder maior deferência aos Estados em matéria de obrigações positivas. A avaliação do respeito pelas obrigações positivas é, normalmente,

---

<sup>1841</sup> Dec. de 18/10/2006, *Üner c. Holanda*, queixa n.º 46410/99.

<sup>1842</sup> CÉDRIC RAUX, “Les Mesures d’Éloignement du Territoire...”, p. 852, GAUTHIER DE BECO, “Quels Critères pour l’Expulsion...”, p. 449.

<sup>1843</sup> CÉDRIC RAUX, “Les Mesures d’Éloignement du Territoire...”, p. 842.

<sup>1844</sup> Dec. de 15/11/2012, *Kissina Koffi c. Suíça*, queixa n.º 38005/07.

<sup>1845</sup> Dec. de 16/04/2013, *Udeb c. Suíça*, queixa n.º 12020/09.

<sup>1846</sup> Sobre estes casos, v. DIEGO BOZA MARTÍNEZ, *Derecho de Extranjería* ..., p. 288 e ss.

<sup>1847</sup> A ComEDH, por seu turno, também afirmou sempre que a CEDH não contempla um direito ao reagrupamento familiar. V., a título de exemplo, as dec. de 12/01/1998, *Aboikoni e Read c. Holanda*, queixa n.º 26336/95. Sobre a evolução da jurisprudência da ComEDH na matéria, v. LUÍS SILVEIRA, “The Admission of Aliens...”, p. 115.

temperada pela referência à *margem de apreciação* dos Estados<sup>1848</sup>. I.e., o TEDH analisa se, de acordo com um juízo de proporcionalidade, o Estado ultrapassou a sua margem de apreciação, indagando se a obrigação positiva lhe era exigível. Nessa análise, o TEDH socorre-se do princípio da proporcionalidade, averiguando da realização de um justo equilíbrio entre o interesse geral e os interesses do indivíduo, para se reconhecer a própria *existência e âmbito* das obrigações positivas.

Assim, a existência de um direito ao reagrupamento familiar – e correspondente obrigação positiva de aceitar a entrada de cidadãos não nacionais no território – variará de acordo com as circunstâncias de cada caso. Ora, também o tratamento desses casos por parte do TEDH nem sempre tem sido linear<sup>1849</sup>, embora seja possível traçar uma espécie de linha evolutiva.

O célebre caso *Abdulaziz*<sup>1850</sup>, de 1985, foi o primeiro em que o TEDH analisou a aplicação do art. 8.º a uma situação de reagrupamento familiar. Neste caso, três mulheres imigrantes, residentes legal e permanentemente no Reino Unido, pediram o reagrupamento familiar dos maridos. O pedido foi negado, uma vez que, de acordo com a lei de imigração britânica em vigor na altura, o reagrupamento familiar era previsto para os casos em que os maridos requeriam a entrada das mulheres, mas não para a situação inversa. O TEDH entendeu que a recusa de reagrupamento familiar, considerado isoladamente, não consubstanciava uma violação do art. 8.º. Na base deste juízo estiveram, principalmente, dois fatores. Em primeiro lugar, o TEDH considerou que não havia obstáculos à instalação das recorrentes nos seus países de origem ou nos dos cônjuges. Por outro lado, considerou ainda relevante o facto de a constituição de família ter sido, em qualquer dos casos, posterior à instalação das recorrentes no país. Nesse sentido, o TEDH afirmou que o art. 8.º não poderia ser interpretado no sentido de os Estados signatários serem obrigados a respeitar a eleição de um domicílio por parte de um casal estrangeiro e sua instalação no território. No entanto, o TEDH ressaltou expressamente os casos em que os recorrentes logravam demonstrar a existência de sérios obstáculos que os impedissem de levar a cabo uma vida familiar no seu próprio país ou no do cônjuge. Por outro lado, distinguiu a presente situação das situações respeitantes a imigrantes já dotados de uma família antes de se instalarem no país de acolhimento. Parecia que, para esses casos, o TEDH estava a reservar um tratamento mais favorável.

Note-se que, por fim, o TEDH condenou o Reino Unido com base na violação do art. 14.º, conjugado com o art. 8.º, uma vez que a disposição legal reguladora do reagrupamento familiar no Reino Unido violava o princípio da proibição da discriminação em razão do sexo.

O seguinte aresto emanado no contexto do reagrupamento familiar foi a decisão no caso *Gül*<sup>1851</sup>. Neste caso, o recorrente era um cidadão turco que entrou na Suíça com um pedido de asilo político. Enquanto esperava uma decisão, a mulher sofreu um acidente e viajou para a Suíça para obter assistência médica, deixando na Turquia dois filhos. Aí pediu asilo, alegando impossibilidade de obter um tratamento adequado no país de origem. O pedido foi recusado, mas as autoridades concederam-lhe uma autorização de residência por motivos humanitários. Uma vez instalada na Suíça, deu à luz a terceira filha do casal, que, no entanto,

---

<sup>1848</sup> D. SPIELMANN, “Obligations Positives...”, p. 141 e IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, p. 232.

<sup>1849</sup> Alguns autores consideram mesmo que a jurisprudência do TEDH é «inconsistente». Cf. THOMAS SPIJKERBOER, “Structural Instability...”, p. 272.

<sup>1850</sup> Dec. de 28/05/1985, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali c. Reino Unido*, queixas n.º 9214/80; 9473/81; 9474/81.

<sup>1851</sup> Dec. de 19/02/1996, *Gül c. Suíça*, queixa n.º 23218/94.

foi entregue à assistência social, devido à impossibilidade de a mãe cuidar da mesma. É nestas condições que o recorrente pede o reagrupamento familiar dos dois filhos que se encontravam ainda na Turquia, pedido que foi indeferido pelas autoridades turcas. A ComEDH considerou ter existido violação do art. 8.º da CEDH<sup>1852</sup>. O TEDH, apesar de considerar existir vida familiar entre o recorrente e o filho mais novo, de oito anos de idade, considerou não ter existido ingerência nessa vida familiar. Na base da decisão estiveram vários fatores: por um lado, o facto de os estrangeiros se encontrarem no país ao abrigo de um título que não lhes conferia um estatuto estável; por outro, o facto de dependerem da ajuda da segurança social do Estado de acolhimento e de a recorrente mulher não ser capaz de cuidar da filha residente no país e, finalmente, o facto de o filho dos recorrentes ter residido toda a vida na Turquia, pelo que apenas possuía laços culturais e linguísticas com esse país. O TEDH sublinhou ainda que a causa da separação da família tinha sido provocada pelo recorrente, ao decidir mudar-se voluntariamente para a Suíça. Por outro lado, o TEDH considerou que o reagrupamento do filho menor não era a única forma de se poder levar a cabo a vida familiar, já que o casal demonstrara, com a realização de várias visitas aos filhos, a possibilidade de se deslocar ao país de origem<sup>1853</sup> e que, por outro lado, as crianças que residiam na Turquia sempre haviam vivido nesse país, encontrando-se ligadas ao mesmo pelas suas raízes linguísticas e culturais. O TEDH sublinhou que, apesar de se poder considerar ser difícil para o recorrente e mulher regressarem ao país de origem, não se podia considerar existirem, em sentido estrito, *obstáculos* que os impedissem de levar a cabo uma vida familiar na Turquia. Assim, faltava demonstrar a verificação de um fator que passou a ser decisivo para o TEDH reconhecer um direito ao reagrupamento familiar: a impossibilidade, ou a existência de sérios obstáculos, ao estabelecimento da vida familiar no território de origem.

Esta decisão acabou por gorar as expectativas que tinham sido deixadas em aberto pelo Ac. *Abdulaziz*, no sentido de se poder reconhecer um direito ao reagrupamento familiar nos casos em que, à data de entrada no território de acolhimento, pré-existia vida familiar. Por outro lado, o TEDH não relevou uma outra diferença essencial entre este caso e o caso *Abdulaziz* aqui, contrariamente ao primeiro, requeria-se o reagrupamento de crianças, ponto por demais essencial, face ao princípio da prevalência do seu interesse.

Ao caso *Gül* seguiu-se o aresto emanado no caso *Ahmut*<sup>1854</sup>. Neste caso o recorrente, residente na Holanda, possuía dupla nacionalidade, marroquina e holandesa (sendo, por isso, o seu estatuto legal o mais estável possível), e requereu o reagrupamento do filho de nove anos, que havia ficado órfão da mãe, residindo no país de origem aos cuidados da avó. Tal como no caso *Gül*, a ComEDH considerou que tinha existido uma ingerência na vida familiar do recorrente<sup>1855</sup>. No entanto, o TEDH mais uma vez não foi dessa opinião. Na base desta decisão estiveram vários fatores. Em primeiro lugar, o TEDH considerou que o menor nunca tinha pertencido ao núcleo familiar que o pai havia estabelecido na Holanda com a segunda

---

<sup>1852</sup> *Idem*.

<sup>1853</sup> Esta consideração contrasta com a tecida pelo Tribunal num caso anterior relativo a expulsão - o caso *Beldjoudi* -, em que considerou ser muito oneroso para mulher do recorrente segui-lo para o país de origem, daí concluindo da ilegitimidade da medida de expulsão. Cf. Ac. de 26-03-1992, *Beldjoudi cit.* Ora, também no caso presente se demonstrou a existência de problemas de saúde da mulher do recorrente, que poderiam consubstanciar um obstáculo sério à deslocação para o país de origem. Por outro lado, as visitas que o casal fez aos filhos apenas poderiam ter sido ponderadas positivamente, demonstrando a existência dos laços que uniam a família.

<sup>1854</sup> Dec. de 28/11/1996, *Ahmut c. Holanda*, queixa n.º 21702/93.

<sup>1855</sup> *Idem*.



mulher, tendo vivido toda a vida em Marrocos. Por outro lado, considerou que uma irmã mais velha podia tomar conta da criança, continuando o pai a prestar apoio económico. O TEDH referiu ainda que o recorrente possuía ligações sólidas com Marrocos, pelo que não haveria obstáculos em transferir a vida familiar para esse país. Por outro lado, afirmou que a residência separada do filho havia sido consequência de uma decisão tomada conscientemente pelo recorrente.

Esta decisão foi alvo de várias críticas<sup>1856</sup>. Desde logo, no que toca à última consideração mencionada, relativa à «voluntariedade em deixar a família» no país de origem. Esta consideração parecia implicar que, para o TEDH, a escolha de emigrar e deixar provisoriamente a família significava abdicar do direito a viver com esta. Este aresto foi ainda alvo de vários votos de vencido, que sublinham a falta de tomada em consideração do estatuto legal do recorrente<sup>1857</sup>. O Juiz MARTENS avançou um critério que deveria, no seu entender, pautar o princípio de decisão do TEDH nos casos de reagrupamento familiar: o de que, uma vez tendo um Estado aceite a residência de um imigrante no território, esse Estado estaria, por princípio, vinculado a respeitar as escolhas desse imigrante no que toca à vida familiar.

O caso *Sen*<sup>1858</sup>, decidido em 2001, representou um ponto de viragem. Dois cidadãos turcos com direito de residência permanente na Holanda e com dois filhos menores nascidos nesse país, pediram o reagrupamento de uma filha que haviam deixado na Turquia, com 13 anos, e que vivia desde os 3 anos sob o cuidado de um tio. O pedido foi negado pelas autoridades holandesas. O TEDH começou por referir a semelhança deste caso com o caso *Abmut*. Porém, considerou haver diferenças decisivas, que o levaram a concluir, por unanimidade, ter existido violação do art. 8.º da CEDH. A diferença decisiva dizia respeito ao nascimento e residência contínua dos dois filhos menores do casal na Holanda. O TEDH apontou ainda a diferença entre este caso, em que se pretendia dar continuidade a uma vida familiar já existente, e os casos, como o *Abdulażiz*, em que se pretendia estabelecer uma vida familiar nova no país de acolhimento. Assim, considerou que, no caso presente, a margem de decisão do Estado se encontrava mais limitada, devido a vários aspetos: a idade das crianças envolvidas, a sua situação no país de origem e o grau de dependência em relação aos pais. Por outro lado, afirmou que a escolha do casal em ter deixado a filha na Turquia não podia ser tida como uma decisão irrevogável, afastando assim o entendimento afirmado no caso *Abmut* neste ponto. Por fim, o TEDH considerou que, neste caso, existiam obstáculos sérios para o regresso da família à Turquia. Terminou por referir que o reagrupamento da filha menor na Holanda era não apenas o meio *mais adequado* para o desenvolvimento da vida familiar, mas constituía também uma *exigência necessária da integração da menor* na vida familiar dos pais. Não obstante, não podemos deixar de sublinhar que tal decisão foi possível no presente caso devido aos seus contornos muito particulares: os recorrentes possuíam uma autorização de residência permanente e tinham dois filhos que haviam nascido em território holandês, e que aí tinham vivido permanentemente. Este foi o elemento decisivo para se dar

---

<sup>1856</sup> JEAN-PIERRE MARGUÉNAUD apelidou-a de uma dos arestos «mais funestos» já emanados pelo TEDH. Cf. «Le Droit à une Vie Familiale...», p. 30.

<sup>1857</sup> O Juiz MARTENS afirmou que o princípio da igualdade exigiria que o TEDH tivesse aplicado as mesmas normas que valiam para quem possuía apenas a nacionalidade holandesa. O Juiz VALTICOS, por seu turno, referiu a possibilidade de violação do princípio da proibição da discriminação. O Juiz MORENILLA acusou o TEDH de tomar em consideração factos posteriores à medida em causa para a formação do juízo, como os cuidados que o recorrente providenciou à filha, que acabam por reverter em desfavor dele.

<sup>1858</sup> Dec. de 21/12/2001, *Sen v. Holanda*, queixa n.º 31465/96. Para uma análise detalhada, v. SARAH VAN WALSUM, «Comment on the Sen Case...», p. 511 e ss.

como provada a impossibilidade de os recorrentes voltarem para o país de origem e de aí estabelecerem vida familiar<sup>1859</sup>.

De facto, a esta decisão seguiram-se outras em que não se reconheceu que o indeferimento dos pedidos de reagrupamento consubstanciava uma ingerência ilegítima na vida familiar dos requerentes<sup>1860</sup>. Num dos casos, o TEDH sublinhou a diferença com o caso *Sen*, referindo que, contrariamente aos recorrentes deste último, não havia filhos nascidos no território de acolhimento que não possuísem qualquer ligação com o país de origem dos pais<sup>1861</sup>. No caso *I.M.*<sup>1862</sup> o TEDH também não proferiu uma decisão favorável à reunificação da família, mas devido a uma falha processual. No caso, uma mulher, nacional de Cabo Verde, mãe solteira, imigrou para a Holanda, deixando no território a filha com cerca de dois anos de idade. No país de acolhimento teve um filho de um cidadão holandês. Tal como no caso *Sen*, apenas ao fim de seis anos a mãe decidiu pedir o reagrupamento familiar da filha que tinha ficado no território de origem. O TEDH considerou que o indeferimento desse pedido não consubstanciava uma violação do art. 8.º, mas na base desta decisão esteve uma falha da recorrente, que não mencionou o filho de nacionalidade holandesa, nascido e criado em território holandês. Assim, o TEDH não tomou este fator – que, como vimos, foi determinante no caso *Sen*, - em consideração, o que marcou o sentido da decisão final.

Em 2005, foi decidido favoravelmente um novo caso de reagrupamento familiar. Tratou-se do caso *Tuquabo-Tekle*<sup>1863</sup>, em que um casal de estrangeiros de nacionalidade etíope, residentes na Holanda com autorização de residência para fins humanitários, requereu o reagrupamento familiar da filha da recorrente mulher, de 15 anos de idade, que havia ficado na Etiópia, seis anos antes, aos cuidados da avó. Entretanto, nasceram na Holanda mais dois filhos do casal, tendo os mesmos aí ficado a residir. As autoridades indeferiram o pedido de reagrupamento da filha, com fundamento no facto de a mesma nunca ter pertencido verdadeiramente ao núcleo familiar da mãe. O TEDH decidiu ter existido violação do art. 8.º da CEDH, tendo por referência a decisão proferida no caso *Sen*. Considerou que, à semelhança desse caso, também aqui os filhos nascidos no território não possuíam vínculos com o país de origem e estavam integrados cultural e linguisticamente na sociedade holandesa. Por outro lado, não considerou determinante o facto de a menor cujo reagrupamento se requeria ser apenas filha da recorrente mulher. O TEDH voltou a referir que não se podia considerar que os pais que emigravam deixando filhos no território de origem abdicavam definitivamente do projeto de uma futura reunião. Por fim, também não foi determinante o facto de a menor já ter 15 anos de idade, o que poderia indiciar uma forte ligação com o seu país de origem, onde sempre tinha vivido. O TEDH foi sensível ao argumento de que ela perderia a possibilidade de continuar a sua educação se permanecesse no país de origem, pois, de acordo com os costumes locais, abandonaria os estudos para casar.

Nos últimos casos o TEDH adotou perspectivas mais favoráveis para o reconhecimento de um direito ao reagrupamento familiar. Disso são testemunhas as formulações adotadas

---

<sup>1859</sup> Consta o Juiz TÜRMEK na sua opinião concordante que, se estas crianças não existissem, o TEDH teria decidido tal como decidiu no caso *Abmut*.

<sup>1860</sup> Cf. as dec. de 13/05/2003, *Chandra e outros c. Holanda*, queixa n.º 53102/99, de 05/04/2005, *Benamar c. Holanda*, queixa n.º 43786/04. Em todos os casos, o TEDH considerou que o recorrente podia levar a cabo a sua vida familiar no país de origem.

<sup>1861</sup> Dec. de 06/07/2004, *Ramos Andrade c. Holanda*, queixa n.º 5375/00.

<sup>1862</sup> Dec. de 25/03/2003, *I.M.c. Holanda*, queixa n.º 41226/98.

<sup>1863</sup> Dec. de 01/12/2005, *Tuquabo-Tekle e outros c. Holanda*, queixa n.º 60665/00.

nos vários arestos. No caso *Gül*, o TEDH referia que se deveria averiguar se a entrada do menor no território de acolhimento era *a única forma* para se poder levar a cabo uma vida familiar. Já nos casos *Sen* e *Tuquabo-Tekle*, o TEDH alterou a formulação, referindo que o que interessava era averiguar se a entrada dos filhos no território era a *forma mais adequada* de se poder levar a cabo a vida familiar. Por outro lado, no que toca à interligação entre “imigração” e “proteção da vida familiar”, nos primeiros casos, o TEDH sublinhava que os mesmos não diziam apenas respeito ao direito a levar a cabo uma vida familiar, *mas também à matéria de imigração*. Nos casos *Sen* e *Tuquabo-Tekle*, o TEDH inverteu os termos em causa, passando a referir que os casos diziam respeito não apenas a imigração, *mas também ao direito de levar a cabo uma vida familiar*, conferindo assim especial relevo a este último<sup>1864</sup>.

Seguiu-se o processo *Mubilanžila*<sup>1865</sup>. Neste caso, as autoridades belgas procederam à detenção de uma menor de cinco anos que pretendia entrar no território, acompanhada pelo tio, com o objetivo de se juntar à mãe no Canadá. Decorridos cerca de dois meses, a detenção foi considerada ilegal e a menor acabou por ser devolvida ao país de origem (Congo). Posteriormente, a sua entrada no Canadá foi aceite, a título de reagrupamento familiar. As recorrentes alegavam que o Estado belga, por ter mantido a menor detida num centro de detenção para adultos e de a ter posteriormente devolvido ao país de origem, sem se certificar de que seria entregue a alguém da família, havia cometido um tratamento desumano e degradante, quer em relação à própria menor, quer em relação à mãe desta. Mais considerou que a atuação das autoridades belgas havia consubstanciado uma ingerência na vida familiar das recorrentes, pois havia atrasado de maneira significativa o reencontro da mãe e filha, não só devido à detenção, mas também devido à devolução da menor ao país de origem. O TEDH acabou inclusivamente por referir que as autoridades tinham obrigação de envidar esforços, junto das autoridades canadianas, para esclarecer a situação e reunir a família. O Estado belga tinha, enfim, a *obrigação de facilitar o reagrupamento familiar*, ainda que o mesmo não se pretendesse efetivar no território.

No entanto, outros casos sobre reagrupamento familiar mais recentemente decididos demonstram que não se pode afirmar que o TEDH tenha alterado definitivamente a sua posição para uma perspetiva mais favorável.

No caso *Haydarie*, o TEDH considerou que a exigência de recursos suficientes como requisito para a concessão de reagrupamento familiar não era, *a se*, irrazoável<sup>1866</sup>. Merece ainda referência o caso *Omoregie*, sobre indeferimento de um pedido de reagrupamento, feito por cidadã norueguesa para o companheiro, de nacionalidade nigeriana, a quem as autoridades haviam recusado um pedido de asilo<sup>1867</sup>. Não obstante as várias ordens de afastamento no território, o estrangeiro continuou no mesmo, tendo nascido uma filha do casal. O TEDH considerou que a recusa de reagrupamento e consequente afastamento do cidadão estrangeiro consubstanciavam uma ingerência na vida familiar, mas que a mesma não era ilegítima: o estrangeiro tinha estatuto irregular, pelo que deveria ter consciência da precariedade da vida familiar que estava a construir. Para além disso, possuía ligações sólidas com o território de origem. Mais entendeu que a mulher e filha podiam seguir o recorrente

---

<sup>1864</sup> Assim, também THOMAS SPIJKERBOER, “Structural Instability...”, p. 285.

<sup>1865</sup> Dec. de 12/10/2006, *Mubilanžila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Bélgica*, queixa n.º 13178/03.

<sup>1866</sup> Dec. de 20/10/2005, *Haydarie a.o. c. Holanda*, queixa n.º 8876/04. Note-se que, no caso, os recorrentes invocavam que havia obstáculos ao desenvolvimento da família no país de origem. No entanto, para a decisão, foi determinante o facto de o TEDH considerar que a reagrupante mãe não tinha demonstrado ter procurado ativamente emprego no país de acolhimento.

<sup>1867</sup> Dec. de 31/07/2008, *Darren Omoregie e outros c. Noruega*, queixa n.º 265/07.

para o mesmo. Esta decisão teve o voto de vencido do juiz KOVLER, para quem a medida era desproporcionada, já que o estrangeiro havia cometido um simples ilícito administrativo. Na nossa opinião, merece ainda censura o facto de o TEDH não ter dado particular relevância à nacionalidade da mãe da filha. Alguns autores referem que a diferença determinante entre este caso e o caso *Sen* reside no facto de o segundo respeitar à entrada de um menor no território, enquanto no caso em presença estava em causa o reagrupamento de um adulto<sup>1868</sup>.

### **c) O estatuto do estrangeiro**

Para além de o TEDH reconhecer, por força da proteção do direito à vida familiar, direitos derivados à permanência e à entrada no território, tem também já emanado algumas decisões em que protegeu um *direito à obtenção de um estatuto legal*. Esses casos são, porém, exceções. De facto, de acordo com a jurisprudência do TEDH, na falta de uma ordem formal de expulsão, os estrangeiros não se poderiam pretender “vítimas” de violação do art. 8.º da CEDH, já que não haveria uma separação do estrangeiro dos membros da família. Isso significaria, assim, que a CEDH não ofereceria proteção aos estrangeiros que requeressem a regularização do seu estatuto no país de acolhimento, não obstante ainda não terem sido objeto de uma medida de expulsão. No entanto, em alguns casos, o TEDH considerou que, de facto, o Estado de acolhimento poderia ter a obrigação de conceder um estatuto legal ao estrangeiro.

No processo *Rodrigues da Silva*<sup>1869</sup> uma cidadã brasileira havia entrado e permanecido irregularmente na Holanda, tendo tido uma filha com um cidadão holandês. Após a separação do seu parceiro, que ficou com a guarda da criança, a estrangeira requereu um título de residência, alegando a necessidade de continuar a residir na Holanda para manter o contacto com a filha. O pedido foi indeferido. Na sequência de recurso para o TEDH, este órgão acabou por dar razão à recorrente, analisando a questão à luz da teoria das obrigações positivas. O TEDH começou por referir que os estrangeiros que, desrespeitando as normas em matéria de imigração, residem *de facto* num determinado Estado, não possuem, em geral, o direito de aí permanecerem. No entanto, no caso em presença, era relevante o facto de a recorrente ter expectativas razoáveis de continuar a vida familiar no país de acolhimento, apesar da sua entrada ilegal<sup>1870</sup>. Assim, o TEDH deu relevância ao critério da “expectativa razoável”, o que poderá ser de uma mais-valia ímpar para os casos de regularização de imigrantes. No entanto, há que assinalar que o TEDH sublinhou que esta decisão se justificava em circunstâncias muito específicas, que reclamavam a necessidade de salvaguardar não apenas o princípio da unidade familiar, mas ainda o do superior interesse da criança, já que a expulsão da mãe significaria que esta deixaria de manter contacto com a

---

<sup>1868</sup> BETTY DE HART, “Love Thy Neighbour...”, p. 242. V. ainda a dec., com contornos bastante semelhantes, de 11/04/2006, *Useinov c. Holanda*, queixa n.º 61292/00.

<sup>1869</sup> Dec. de 31/01/2006, *Rodrigues da Silva e Hoogkamer c. Holanda*, queixa n.º 50435/99.

<sup>1870</sup> Nas palavras do TEDH, «*although there is no doubt that a serious reproach may be made of the first applicant's cavalier attitude to Dutch immigration rules, this case should be distinguished from others in which the Court considered that the persons concerned could not at any time reasonably expect to be able to continue family life in the host country*».

filha, de quem não possuía a guarda<sup>1871</sup>. Como refere DANIEL THYM, o juízo feito pelo TEDH neste caso demonstra a possibilidade de o art. 8.º poder servir para a afirmação de um verdadeiro direito humano à regularização do estatuto<sup>1872</sup>.

#### 2.2.4. Método de decisão

Na análise dos casos de ingerência de medidas relativas ao controlo da imigração na vida familiar dos estrangeiros, o TEDH tem adotado um método de decisão *por etapas*. No entanto, tais etapas não são as mesmas nos casos relativos a entrada no território (em que estará em causa uma obrigação positiva do Estado) e nos casos relativos a expulsão (em que estará em causa uma obrigação negativa). Seguiremos a estrutura do método de decisão destes últimos, referindo em que pontos as primeiras se distinguem.

A análise do TEDH no que toca à legitimidade de uma medida de expulsão do território que imponha a separação da família analisa-se em três momentos: num primeiro momento, o TEDH averigua se existe vida familiar digna de proteção; num segundo momento, se existiu ingerência nessa vida familiar; e seguidamente, se essa ingerência é ilegítima.

##### a) *Existência de vida familiar*

A existência de uma *vida familiar* é o primeiro requisito exigido para que o TEDH considere a situação merecedora de proteção pelo art. 8.º. O TEDH analisa se existe, entre o recorrente e as demais pessoas envolvidas, uma vida familiar efetiva digna de proteção. Ora, a noção de família é, no contexto da CEDH, uma noção autónoma, *i.e.*, dotada de um conteúdo próprio<sup>1873</sup>. Para estabelecer o que entende por *vida familiar*, o TEDH não se refere a eventuais princípios comuns aos direitos internos. O juiz europeu procura encontrar um conceito que lhe pareça o mais compatível com o objeto e o fim da CEDH, de desenvolvimento dos direitos protegidos. É com esse sentido que FRÉDÉRIC SUDRE refere que a noção de vida familiar é menos um sentido «comum» que um sentido «construído» pelos órgãos de garantia da CEDH<sup>1874</sup>.

Apesar destas considerações prévias, importa sublinhar que os órgãos da Convenção optaram sempre por não definir *família*. De facto, tendo o intuito de conferir à CEDH a maior eficácia possível, e de proteger, não direitos teóricos, mas sim situações reais, os órgãos da CEDH não podiam prender-se a uma definição rígida. A esta indeterminação<sup>1875</sup>, junta-se o já atrás referido princípio da interpretação atualista, nos termos do qual a CEDH deve

---

<sup>1871</sup> BETTY DE HART defende que, se a mãe fosse a titular da guarda, a decisão final poderia ter sido diferente. Cf. “Love Thy Neighbour...”, p. 245. Para uma análise do caso, v., ainda, DANIEL THYM, “Respect for Private?...” , p. 100 e ss.

<sup>1872</sup> DANIEL THYM, “Respect for Private?...” , p. 101.

<sup>1873</sup> JACQUES VELU & RUSEN ERGEC, *La Convention Européenne ...*, p. 549.

<sup>1874</sup> FRÉDÉRIC SUDRE, “La «Construction» par le Juge Européen...”, p. 25.

<sup>1875</sup> Referindo que esta «indeterminação» apresentar alguns riscos, v. VINCENT COUSSIRAT-COUSTERE, “La notion de famille dans les jurisprudences de la Commission et de la Cour...”, p.4.

ser interpretada à luz das concepções dominantes na atualidade<sup>1876</sup>. Nesse sentido, o juiz europeu usa vários termos indistintamente, como «família», «célula familiar», «laços familiares», «relações familiares» e, sobretudo, «vida familiar». Adota, assim, um conceito *material* ou *substancial* de família<sup>1877</sup>. Neste sentido, alguns autores referem que o conceito de vida familiar é um conceito «social», e não «jurídico»<sup>1878</sup>. HENRI LABAYLE refere que se consagra aqui a «teoria de proteção da aparência» em direitos humanos<sup>1879</sup>.

Indeterminação e noção «viva» têm contribuído, assim, para a construção de um conceito amplo de vida familiar e que não se pode reconduzir a uma concepção única<sup>1880</sup>. Para determinar se está perante “vida familiar”, o TEDH aprecia a qualidade e intensidade dos laços que unem os vários membros da relação. Desde logo, o art. 8.º apenas protege uma vida familiar pré-existente e estabelecida<sup>1881</sup>. Não basta, assim, uma mera vida familiar “projetada”. É necessário, depois, que existam relações reais e suficientemente estreitas entre os membros<sup>1882</sup>. Esses laços podem ter a forma de vida em comum, de dependência financeira, ou de um direito de visita exercido regularmente<sup>1883</sup>. Como se verá, a coabitação não é um elemento necessário nem suficiente. Esse elemento não é indispensável nas relações entre pai e filho. Já no que toca às relações entre outros membros da família, a coabitação pode não ser suficiente. Se por exemplo, se tratar de dois adultos, pode ser necessária a demonstração de critérios adicionais, como por exemplo de algum tipo de dependência<sup>1884</sup>.

Numa formulação bastante ilustrativa, pode dizer-se que é necessário que existam laços afetivos e efetivos a unir os membros da família<sup>1885</sup>. Interessante é também a formulação de GOIG MARTÍNEZ, que refere que o conceito de vida familiar para o TEDH depende da verificação de três requisitos: pré-existência da relação, caráter real e efetividade da mesma<sup>1886</sup>.

Alguns autores referem que, da análise da jurisprudência do TEDH, se conclui que a proteção da vida familiar varia de acordo com uma hierarquia de relações<sup>1887</sup>. Ora, de facto,

<sup>1876</sup> Cf. *supra*, Capítulo I, ponto 2.3. da presente parte. Sobre este ponto v., entre nós, SUSANA ALMEIDA, *O Respeito pela Vida (Privada) e Familiar...*, p. 66 e ss.

<sup>1877</sup> CORTE COSTITUZIONALE, *Lo Straniero nella Giurisprudenza...*, p. 36.

<sup>1878</sup> CYNTHIA ANDERFUHREN-WAYNE, “Family Unity in Immigration...”, p. 357.

<sup>1879</sup> HENRI LABAYLE, “La Diversité des Sources ...”, p. 10. V. ainda, no mesmo sentido, ADELINE GOUTTENNOIR, “Les Droits et Obligations...”, p. 77.

<sup>1880</sup> VINCENT COUSSIRAT-FOUSTERE, “Famille et Convention Européenne...”, p. 281. Note-se contudo que, nos trabalhos preparatórios se privilegiou a família legítima, fundada no casamento. V. VINCENT COUSSIRAT-FOUSTERE, “La notion de famille dans les jurisprudences de la Commission et de la Cour...”, p. 46.

<sup>1881</sup> Note-se, porém, que no caso *Wakefield*, a ComEDH considerou que uma relação de noivado, acompanhada de provas suficientes da intenção de estabelecimento de futuras relações, pode ser considerada “vida familiar”. Cf. dec. de 01/10/1990, *Wakefield c. Reino Unido*, queixa n.º 15817/89.

<sup>1882</sup> De acordo com a formulação usada no caso *Marckx*, a existência de vida familiar depende da «existência na prática de laços pessoais próximos». Cf. dec. de 13/06/1979, *Marckx*, *cit.*

<sup>1883</sup> CARLO RUSSO, “Article 8...”, p. 316.

<sup>1884</sup> SYLVAIN GRATALOUP, *L'enfant et sa famille...*, p. 204.

<sup>1885</sup> JACQUES VELU & RUSEN ERGEC, *La Convention Européenne ...*, p. 449. V. ainda, entre nós, SUSANA ALMEIDA, *O Respeito pela Vida (Privada) e Familiar...*, p. 72. Particularmente ilustrativa desta concepção é a decisão no caso *Söderbäck*, em que o TEDH fez prevalecer o laço entre a criança e o pai adotivo em detrimento da relação entre a criança e o pai biológico. Cf. dec. de 28/10/1998, *Söderbäck c. Suécia*, queixa n.º 24484/94.

<sup>1886</sup> JUAN MANUEL GOIG MARTÍNEZ, “El Derecho a la Reagrupación...”, p. 249.

<sup>1887</sup> CLARE MCGLYNN, “Families and the European Union...” p. 587.

em relação a algumas relações presume-se existir vida familiar – a não ser que se prove o contrário – e, em relação a outras, é necessário a prova de elementos adicionais para se considerar que existe uma verdadeira vida familiar<sup>1888</sup>. Por outro lado, o TEDH não concede uma proteção equivalente a todas as formas de vida familiar reconhecidas, aceitando que, para alguns efeitos, se protejam mais determinadas formas de vida familiar do que outras<sup>1889</sup>.

Em relação ao casamento homossexual considera-se existir sempre vida familiar<sup>1890</sup>. Neste ponto, o TEDH preocupa-se em verificar se a união em causa é não uma “união de conveniência” e se foi contraída de acordo com a lei aplicável. Se for esse o caso, o TEDH não se preocupa em procurar critérios adicionais que demonstrem a existência de vida familiar entre os cônjuges. Existe vida familiar entre os cônjuges, independentemente da existência de filhos em comum. Não obstante, o casamento poligâmico cairá, em princípio, fora do âmbito de proteção do art. 8.º. A ComEDH já teve ocasião de afirmar, num caso de rejeição de reagrupamento familiar de uma família poligâmica, que a preservação da cultura monogâmica era um fim legítimo que justificava a rejeição do reagrupamento<sup>1891</sup>. O TEDH seguiu a mesma linha de orientação, decidindo que os Estados-Parte não estão obrigados a reconhecer efeitos a casamentos poligâmicos que considerem contrários à sua ordem jurídica<sup>1892</sup>. No entanto, isso não significa que os órgãos de garantia da CEDH rejeitem, *a priori*, que as uniões poligâmicas possam constituir – ou ser fonte de – relações familiares, mas sim apenas que o Estado pode interferir legitimamente nessas relações.

Em segundo lugar, estão as uniões de facto entre pessoas de sexos diferentes<sup>1893</sup>. A natureza da relação é indiferente, podendo tratar-se de uma relação extraconjugal ou uma de “união livre”<sup>1894</sup>. A relação deve, porém, atingir um grau de intensidade suficiente para poder constituir uma relação de família. O TEDH tem em consideração vários fatores para esse efeito, como a existência de coabitação<sup>1895</sup>, a duração da relação<sup>1896</sup>, a intenção das partes, a dependência mútua e a existência de filhos comuns<sup>1897</sup>.

<sup>1888</sup> CYNTHIA ANDERFUHREN-WAYNE, “Family Unity in Immigration...”, p. 357.

<sup>1889</sup> VINCENT COUSSIRAT-COUSTERE, “La notion de famille dans les jurisprudences de la Commission et de la Cour...”, p. 56. Sobre a proteção pelo TEDH das chamadas “novas formas de família”, v. SUSANA ALMEIDA, *O Respeito pela Vida (Privada) e Familiar...*, p. 155 e ss.

<sup>1890</sup> Desde que seja real e não fictício, como afirmado no caso *Abdulaziz*, *cit.*, não sendo necessário, se for esse o caso, aferir das motivações que presidiram ao mesmo.

<sup>1891</sup> Dec. de 29/06/1992, *Rabia Bibi c. Reino Unido*, queixa n.º 19628/92, dec. de 05/10/1987, *MeçOM c. Holanda*, queixa n.º 12139/86. Sobre este ponto, v. ANA RITA GIL, “Do Reconhecimento de Efeitos a Casamentos Poligâmicos...”.

<sup>1892</sup> Dec. de 06/01/1992, *Alilouch El Abasse c. Holanda*, queixa n.º 14501/89.

<sup>1893</sup> O TEDH reconheceu relevância a estas relações várias vezes. Fê-lo, desde logo, no Ac. *Abdulaziz*, considerando existir vida familiar entre o casal Cabales, cujo casamento o Reino Unido considerara inválido, mas em que os visados se consideravam marido e mulher. Este entendimento tem vindo a ser confirmado pela jurisprudência mais recente. Assim, a dec. de 04/09/2002, *Mikulic c. Croácia*, queixa n.º 53176/99, em que se referiu: «la notion de “vie familiale” visée par l'article 8 ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage mais peut englober d'autres “liens familiaux” lorsqu'une relation a suffisamment de constance». V. ainda a recente dec. de 27/08/2013, *Mohammed e outros c. Holanda e Itália*, queixa n.º 40524/10 e outros.

<sup>1894</sup> VINCENT COUSSIRAT-COUSTERE, “Famille et Convention Européenne...”, p. 285.

<sup>1895</sup> Note-se que o TEDH já considerou que a coabitação não era essencial. V. dec. de 27/10/1994, *Kroon e outros c. Holanda*, queixa n.º 18535/91.

<sup>1896</sup> Cf. dec. de 18/12/1986, *Jonhston e outros c. Holanda*, queixa n.º 9697/82., dec. de 16/06/1995, *Keegan c. Irlanda*, queixa n.º 28867/03, dec. de 22/04/1997, *X, Y e Z c. Reino Unido*, queixa n.º 21830/93.

<sup>1897</sup> Cf. dec. de 27/10/1994, *Kroon*, *cit.*

Finalmente, cabe mencionar as uniões homossexuais, que durante muito tempo não eram consideradas relações familiares, embora revestissem relevância para efeitos do respeito pela vida privada<sup>1898</sup>, entendida como o direito do indivíduo estabelecer e desenvolver relações com os seus semelhantes. No entanto, essa perspetiva encontra-se em mudança, desde a dec. *Schalk e Kopf*, emanada em 2010<sup>1899</sup>. Não obstante, o reconhecimento das uniões homossexuais como família dependerá, ainda, das opções do legislador interno.

No que diz respeito à ligação entre pais e filhos menores, dúvidas não existem. A já referida decisão no caso *Berrehab* firmou o entendimento, mais tarde seguido noutros arestos<sup>1900</sup>, de que existe sempre relação familiar entre os mesmos pelo simples facto do nascimento, e que a mesma só pode ser posta em causa em circunstâncias excecionais<sup>1901</sup>. Assim, para o TEDH existem laços familiares entre pai e filho, mesmo que os pais não vivam juntos à data do nascimento do filho ou não exista coabitação entre os mesmos<sup>1902</sup>. Assim, em princípio existirá sempre vida familiar entre os pais e os filhos, seja no quadro de uma família natural, biparental, monoparental, ou mesmo adulterina. Isso não significa que os órgãos de garantia da CEDH não sejam sensíveis às questões das chamadas “filiações de complacência”. A ComEDH já teve ocasião de decidir, num caso, estar perante uma dessas situações<sup>1903</sup>. Já o TEDH não tratou de averiguar tal possibilidade, no caso *Boughanemi*, em que o estrangeiro reconheceu o filho numa data posterior à decisão de expulsão do território, e em que as autoridades governamentais alegavam tratar-se precisamente de uma situação dessas.

O laço familiar é independente da fonte da relação parental de origem e deve ser apreciado em si mesmo<sup>1904</sup>. O art. 8.º não estabelece nenhuma distinção entre a “família legítima” e a “família natural”<sup>1905</sup>. Por outro lado, o vínculo da adoção estabelece uma relação de família em tudo semelhante ao da filiação<sup>1906</sup>. O TEDH reconhece ainda a existência de vida familiar entre pai e filho, mesmo que fruto de uma união poligâmica<sup>1907</sup>. O TEDH tem afirmado de forma ilustrativa que o gozo recíproco da companhia entre pai e filho constitui um elemento

---

<sup>1898</sup> Cf. dec. da Comissão de 03/05/1983, *X e Y c. Reino Unido*, queixa n.º 9369/81. V. MARK. E. VILLIGER, “Expulsion and the right...”, p. 660.

<sup>1899</sup> Dec. de 24/06/2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, 30141/04.

<sup>1900</sup> Assim, as decisões proferidas nos casos *Gül, Abmut e Sen*.

<sup>1901</sup> Assim, subsiste relação familiar entre pais e filhos após o divórcio, tal como em relação a filhos nascidos fora do casamento, mesmo que só tardiamente sejam reconhecidos pelo pai. Cf. dec. no caso *Boughanemi*, *cit.*

<sup>1902</sup> Dec. no caso *Berrehab*, *cit.*

<sup>1903</sup> Dec. de 14/05/1980, *Mohammed Kamal c. Reino Unido*, queixa n.º 8378/78.

<sup>1904</sup> VINCENT COUSSIRAT-COUSTERE, “Famille et Convention Européenne...”, p. 287.

<sup>1905</sup> Assim o decidiu o TEDH na célebre dec. já citada no caso *Marckx*. No domínio da imigração, veja-se o reconhecimento de vida familiar entre pai e filho fora do matrimónio nas já citadas dec. nos casos *Mebemi c. França* e *Dalia*.

<sup>1906</sup> Assim, a dec. da ComEDH de 05/10/1982, *X. c. França*, queixa n.º 9993/82.

<sup>1907</sup> Caso *A e A c. Holanda*, não publicado, citado por SYLVAIN GRATALOUP, *L'enfant et sa famille...*, p. 168. No entanto, a ComEDH rejeitou o argumento de discriminação de filho nascido de segunda mulher em relação ao filho nascido da primeira mulher, num caso de indeferimento de pedido de reagrupamento familiar do primeiro. A ComEDH referiu que a diferença de tratamento derivava do estatuto da mãe da criança que, contrariamente à primeira mulher, não estava habilitada a viver no país de acolhimento. Cf. dec. de 06/01/1992, *Alilouch El Abasse c. Holanda*, queixa n.º 14501/89. Vários autores criticam esta decisão, por fazerem depender o tratamento conferido a uma criança do estatuto da mãe. V. VINCENT COUSSIRAT-COUSTERE, “La notion de famille dans les jurisprudences de la Commission et de la Cour...”, p. 64.



fundamental da vida familiar<sup>1908</sup>. Por fim, no caso *Amrollabi*, o TEDH tomou em consideração uma simples relação sócio-afetiva de coabitação, referente à ligação entre padrasto e enteada<sup>1909</sup>.

Diferente é a situação dos filhos maiores emancipados, que poderão cair fora do âmbito de proteção do art. 8.º, caso não exista já vida familiar em comum com os progenitores<sup>1910</sup>. Como se afirmou no caso *Slivenko*, nesses casos, terá de se demonstrar a existência de fatores complementares de dependência, para além dos laços afetivos normais<sup>1911</sup>. Assim, se continuar a existir vida e contacto familiares, o TEDH poderá ter em conta estas relações. Nesse sentido, no recente caso *Maslov*, o TEDH reconheceu a existência de vida familiar entre o expulsando, já maior, e os pais, com quem vivia<sup>1912</sup>. Caso não se verifiquem esses laços “suplementares”, a relação poderá, contudo, ser abrangida pelo conceito de “vida privada”<sup>1913</sup>.

Em relação à família alargada as dúvidas já são maiores. No Ac. *Marckx*, o TEDH considerou que o conceito de vida familiar podia englobar as relações existentes entre avós e netos, tendo afirmado, inclusivamente que a noção de vida familiar inclui «pelo menos» as relações entre familiares próximos que podem desempenhar um papel importante no seio da família<sup>1914</sup>. No entanto, FREDERIC SUDRE afirma que é duvidoso que a conceção alargada de família valha para todos os domínios de aplicação do art. 8.º da CEDH<sup>1915</sup>. E, de facto, o conceito de família em matéria de imigração tem algumas especificidades. Nesse contexto, o TEDH exige a existência de ligações familiares particularmente fortes<sup>1916</sup>. A ComEDH

---

<sup>1908</sup> Dec. de 08/07/1987, *B. c. Reino Unido*, queixa n.º 9840/82.

<sup>1909</sup> Dec. de 11/07/2002, *Amrollabi cit.*

<sup>1910</sup> Assim, a dec. de 26/04/2007, *Konstantinov c. Holanda*, queixa n.º 16351/03. Merecem também referência alguns casos decididos pela ComEDH. No caso *X e Y c. Reino Unido*, a ComEDH considerou que a relação existente entre a filha e o pai não podia ser considerada “vida familiar” para efeitos de quebra da unidade familiar num caso de afastamento do território, uma vez que a filha tinha 26 anos, era casada e trabalhava a tempo inteiro, e, apesar de viver com os pais, não havia uma relação de dependência mútua. Cf. dec. de 08/02/1972, *X e Y c. Reino Unido*, queixa n.º 5269/71. Sobre esta decisão, v. GORAN CVETIC, “Immigration Cases in Strasbourg...”, p. 648. Também no caso *Singh*, a Comissão considerou que não existia vida familiar entre os recorrentes – pai e filho –, que viviam separados há um período de tempo considerável (desde 1957 até 1965). Cf. dec. de 15/07/1967, *Singh c. Reino Unido*, queixa n.º 2992/66.

<sup>1911</sup> Dec. de 09/10/2003, *Slivenko c. Letónia*, queixa n.º 48321/99. V, ainda, a dec. de 13/02/2001, *Ezzouhdi c. França*, queixa n.º 47160/99, a dec. de 17/01/2003, *Aoulmi c. França*, queixa n.º 50278/99, a dec. de 22/06/2006, *Kaftailova c. Letónia*, queixa n.º 59643/00, e a dec. de 03/07/2011, *Javed c. Holanda*, queixa n.º 47390/99.

<sup>1912</sup> Dec. de 23/06/2008, *Maslov c. Áustria*, queixa n.º 1638/03.

<sup>1913</sup> Dec. de 12/01/2010, *Khan c. Reino Unido*, queixa n.º 47486/06. HÉLÈNE LAMBERT considera que esta requalificação pode ser positiva, uma vez que acompanha a evolução social, sobretudo nas democracias ocidentais, em que a família já não constitui o papel central da vida do indivíduo, sendo as relações de amizade as “novas famílias”. Cf. “Family Unity in Migration Law...”, p. 203. Não concordamos necessariamente com a autora. Por um lado, em muitas sociedades de onde provêm os estrangeiros, as famílias alargadas continuam a ser o centro da vida do indivíduo. Por outro lado, o facto de se conceder proteção a outros laços sociais, como os formados pelos círculos estreitos de amizade, não implica que se qualifique como “vida privada” relações familiares que são perspectivadas pelos recorrentes como tal.

<sup>1914</sup> Dec. cit. No mesmo sentido, v. ainda também já citada dec. no caso *Kroon*.

<sup>1915</sup> FREDERIC SUDRE, “La «Construction» par le Juge Européen...”, p. 21. Nesse sentido, afirma que, por exemplo, no que toca ao respeito da vida familiar dos detidos, em princípio apenas estará abrangida a família nuclear.

<sup>1916</sup> V. nesse sentido, a recente dec. de 30/06/2015, *A.S. c. Suíça*, queixa n.º 39350/13. Cf. XAVIER PRESENTI, “Les Couples mixtes et Étrangers...”, p. 171.

adotou, neste contexto, uma posição tendencialmente mais favorável. No caso *Uppal*, considerou admissível uma queixa respeitante a uma medida de expulsão que interferiria com a vida familiar entretecida entre crianças, pais, avós, e irmãos casados, considerando que estas pessoas formavam uma unidade próxima<sup>1917</sup>. Já no caso *A e Família*, a ComEDH considerou que uma mulher adulta e os respetivos filhos constituíam uma unidade familiar independente, pelo que a sua expulsão e consequente separação dos pais e irmãos da mãe não constituía uma ingerência na vida familiar<sup>1918</sup>. A ComEDH considerou também, ainda, que as relações entre um tio e sobrinho não constituem vida familiar<sup>1919</sup>. No entanto, no caso *Nsona*, a ComEDH considerou que uma recusa de reagrupamento familiar de uma criança de seis anos com a tia, regularmente residente na Holanda, constituía uma ingerência na vida familiar, uma vez que a tia era a única pessoa da família da menor<sup>1920</sup>. No já referido caso *Moustaquim*, o TEDH considerou que as relações entre irmãos, tomadas em consideração juntamente com as relações entre pais e filhos, podiam ser também consideradas vida familiar. Também no caso *Nasri*, que apresentava especiais contornos devido à deficiência do recorrente, foi considerada existir vida familiar entre este, de idade adulta, e os pais<sup>1921</sup>. No entanto, no atrás referido caso *Slivenko*, o TEDH remeteu semelhantes relações para o conceito de vida privada, referindo que a vida familiar se limita normalmente à família nuclear<sup>1922</sup>. No caso *Deljijaj*<sup>1923</sup>, ao analisar se existia vida familiar entre uma mulher maior e os membros da família, o TEDH referiu que «em matéria de imigração» as relações entre adultos devem ser caracterizadas pela sua efetividade e pela existência de laços de dependência. O TEDH demonstrou, assim, que pretendia adotar uma abordagem mais exigente em matéria de imigração<sup>1924</sup>.

Por outro lado, apesar de a doutrina referir que, nesta matéria, o conceito de família tem de ser independente de considerações ligadas à legalidade do estatuto dos familiares no território<sup>1925</sup>, a verdade é que em alguns casos o TEDH valorizou essas circunstâncias. Assim no caso *Dalia*, tomou em consideração o facto de os laços familiares se terem formado após a situação de irregularidade do estatuto do recorrente<sup>1926</sup>. Neste ponto, assim, parece que o que mais releva não será a vida familiar em concreto formada entre os recorrentes mas, mais precisamente, as condições em que a mesma se formara. Por outro lado, o TEDH tem tendência a

<sup>1917</sup> Dec. de 02/05/1979, *Singh and Uppal c. Reino Unido*, queixa n.º 8244/78. Veja-se ainda, a decisão sobre a queixa baseada numa ligação entre irmãos, na dec. 24/03/1988, *Olsson c. Suécia*, queixa n.º 10465/83.

<sup>1918</sup> Caso citado por NICHOLAS BLAKE & RAZA HUSAIN, *Immigration, Asylum...*, p. 169.

<sup>1919</sup> Dec. de 19/07/1978, *X. c. RFA*, queixa n.º 3110/67.

<sup>1920</sup> Dec. de 06/07/1994, *Nsona c. Holanda*, queixa n.º 23366/94.

<sup>1921</sup> Dec. cit. V. ainda a dec. de 21/10/1997, *Boujlifa c. França*, queixa n.º 25404/94, na qual o TEDH dá relevância aos contactos entre o recorrente e os pais e irmãos.

<sup>1922</sup> Cf. a opinião discordante do Juiz KOVLER quanto a este aspeto.

<sup>1923</sup> Dec. de 08/02/2001, *Deljijaj c. Alemanha*, queixa n.º 35424/97.

<sup>1924</sup> SYLVIE SAROLÉA, *Droits de l'Homme...*, p. 401.

<sup>1925</sup> VINCENT COUSSIRAT-COUSTERE, “La notion de famille dans les jurisprudences de la Commission et de la Cour...”, p. 57. Em sentido algo diferente, afirmando que o casal não pode reclamar a mesma proteção quando se formou tendo conhecimento da irregularidade da presença no território, v. XAVIER PRESENTI, “Les Couples mixtes et Étrangers...”, p. 171.

<sup>1926</sup> Dec. cit. No mesmo sentido, ainda a já referida decisão no caso *Baghli*.

adotar um conceito de família mais alargado nos casos de expulsão do que nos casos de reagrupamento familiar, em que apenas tem em consideração, em regra, a família nuclear<sup>1927</sup>.

Alguns autores referem, numa perspetiva que merece o nosso acolhimento, que, para os efeitos da proteção concedida pelo art. 8.º, o TEDH deveria ser sensível ao conceito de família prevalecente nos casos de imigração proveniente de países em que predomina o conceito de família alargada<sup>1928</sup>.

Quanto ao momento a ter em conta para determinar a existência de vida familiar, o Tribunal entende que o mesmo deverá corresponder à data da decisão objeto de queixa, ou em que a mesma se tornou definitiva<sup>1929</sup>. No caso *Bouchelkia*, afirmou que o momento relevante era a data da comunicação da ordem de expulsão, não se devendo ter em conta as evoluções posteriores. Não obstante, no já referido caso *Boughanemi*, o TEDH teve em consideração uma filiação reconhecida pelo recorrente após este ter sido alvo de uma decisão de expulsão. Afirmou, neste caso, que o vínculo que une pai e filho apenas poderia ser quebrado em circunstâncias excecionais. O mesmo critério foi seguido no caso *Dalia*, em que o TEDH relevou, para efeitos de valorar a existência de vida familiar, o nascimento de filho ocorrido após a decisão de expulsão. Não obstante, note-se que, em ambos os casos, o TEDH afirmou que já existia vida familiar com outras pessoas (*v.g.*, família alargada) e laços com o país de acolhimento<sup>1930</sup>. Assim, a consideração da relação posterior serviu apenas para o TEDH considerar que estava em causa, *globalmente considerada*, a vida privada e familiar do estrangeiro. Assim, nos já citados casos *El Boujaïdi* e *Boujlifa*, bem como, recentemente, no caso *Samsonnikov*<sup>1931</sup>, o TEDH voltou a afirmar que a data a tomar em consideração para se aferir dos laços familiares existentes era a data em que a decisão estadual se tinha tornado final, pelo que os recorrentes não podiam invocar relações estabelecidas após essa data. Para além destas soluções díspares, o TEDH nem sempre usa os fatores atinentes à vida familiar de forma coerente. Assim, por vezes tem em conta a idade dos menores envolvidos à data da decisão estadual final, e outras vezes à data da sua análise. Daí que, também neste ponto, seja alvo das críticas de incoerência<sup>1932</sup>. Deste modo, de uma forma geral, não resulta claro qual o critério temporal a considerar para se aferir da existência de vida familiar.

### ***b) Ingerência na vida familiar***

Após aferir da existência de vida familiar, o TEDH analisa se a medida estadual em matéria de imigração consiste numa *ingerência* na mesma. Apesar de algumas divergências na doutrina, pode considerar-se que as ingerências corresponderão a verdadeiras *restrições* ao direito a levar a cabo uma vida familiar protegido pelo n.º1 do art. 8.º da CEDH<sup>1933</sup>.

---

<sup>1927</sup> MILÈNE NYS, *L'Immigration...*, p. 202.

<sup>1928</sup> NICHOLAS BLAKE & RAZA HUSAIN, *Immigration, Asylum...*, p. 169, JEAN-PIERRE MARGUÉNAUD, “Le Droit à une Vie Familiale...”, p. 33.

<sup>1929</sup> Assim, a dec. no caso *El Boujaïdi*.

<sup>1930</sup> Assim, também a dec. no caso *Baghli*.

<sup>1931</sup> Dec. de 03/07/2012, *Samsonnikov c. Estónia*, queixa n.º 52178/10.

<sup>1932</sup> THOMAS SPIJKERBOER, “Structural Instability...”, p. 288 e ss.

<sup>1933</sup> Dando conta das várias flutuações terminológicas na doutrina, que oscilam entre a qualificação como “limitações”, “restrições”, “interferências”, “condições” v. VINCENT COUSSIRAT-COUSTERE, “Article 8 §2...”, p. 323 e PETER KEMPEES, “«Legitimate Aims»...”, p. 659.

Uma medida estadual constitui uma ingerência quando afete uma vida familiar existente. Terá de consistir, em princípio, numa *decisão concreta* que afete uma pessoa ou um grupo determinado de pessoas. Não obstante, o TEDH já considerou que *regulamentações* podem constituir ingerências na vida familiar dos visados<sup>1934</sup>. A ingerência pode constituir, de resto, como já se viu, ou uma atuação positiva do Estado, ou uma omissão, quando este tinha o dever de levar a cabo uma obrigação positiva e não o fez. Assim, alguns autores falam em «ingerência activa» e «ingerência passiva»<sup>1935</sup>. Na averiguação de tais ingerências tem-se distinguido consoante se trate de medida relativa à entrada de estrangeiros no território ou relativa a expulsão. Quanto às medidas de expulsão, a ingerência deduz-se *ipso facto*<sup>1936</sup>. O TEDH tem, inclusivamente afirmado que a expulsão de um membro da família constitui uma das formas mais extremas de ingerência na vida familiar<sup>1937</sup>. Os órgãos de garantia da CEDH verificam, depois, se essa ingerência pode ser considerada legítima à luz do n.º2 do art. 8.º.

O mesmo não se verifica nos casos de entrada, considerados como eventuais obrigações positivas dos Estados e em que estes detêm, de acordo com o TEDH, maior margem de apreciação<sup>1938</sup>. Nesses casos, o TEDH verifica se o Estado ultrapassou essa margem de apreciação, convocando o princípio da proporcionalidade para a própria determinação de *existência* de obrigação positiva<sup>1939</sup>. Assim, nos casos relativos a reagrupamento familiar, para considerar que existiu *a se* uma ingerência na vida familiar, o TEDH averigua se este deixou possibilidades, razoáveis e não ilusórias, de o indivíduo exercer o seu direito de levar a cabo uma vida familiar. Ou, por outras palavras, o TEDH analisa se, ao recusar um pedido de reagrupamento familiar, o Estado faz com que seja impossível ao recorrente prosseguir a sua vida familiar<sup>1940</sup>.

Para esse efeito, o TEDH procura analisar se se realizou um justo equilíbrio entre os interesses do recorrente e o interesse geral<sup>1941</sup>. Se não se demonstrar ter havido falta de ponderação, o TEDH nega a *existência de qualquer ingerência* na vida familiar do recorrente. São vários os fatores a ter em conta, a saber: a idade dos menores envolvidos<sup>1942</sup>, os laços com o

---

<sup>1934</sup> Para várias referências jurisprudenciais, v. VINCENT COUSSIRAT-FOUSTIERE, “Article 8 §2...”, p. 329. Este aspeto revela-se da maior importância na área da imigração, onde podem proliferar esse tipo de regulamentações.

<sup>1935</sup> FREDERIC SUDRE, “Les «Obligations Positives»...”, p. 369.

<sup>1936</sup> Cf. dec. nos casos *Moustaquim*, *Beldjoudi*, *Nasri*, todos citados, entre outros. Note-se que nem sempre foi assim. Nas primeiras decisões da ComEDH, este órgão procurava saber se a vida familiar se podia desenrolar num local de residência alternativo. Só se se concluisse que o único local de residência seria o do Estado que emanou a medida de expulsão, é que a mesma se podia considerar uma “ingerência” na vida familiar. Paulatinamente, o critério da residência alternativa foi sendo abandonado como *conditio sine qua non* para aferir da *existência de ingerência*, para passar a constituir um *fator de ponderação de legitimidade da mesma*. Sobre este ponto, v. INES ARRIAGA IRABURU, *El Derecho a la Vida Familiar...*, p. 123 e ss.

<sup>1937</sup> Dec. de 26/06/2014, *Gablishvili c. Rússia*, queixa n.º 39428/12.

<sup>1938</sup> ALISTAIR MOWBRAY, “The Development of Positive Obligations...”, p. 173 e JACQUES VELU & RUSEN ERGEC, *La Convention Européenne ...*, p. 535.

<sup>1939</sup> Foi a Dec. de 17/10/1986, *Rees c. Reino Unido*, queixa n.º 9532/81, que introduziu a noção do princípio da proporcionalidade na determinação de existência de obrigações positivas. Sobre este ponto, v. FREDERIC SUDRE, “Les «Obligations Positives»...”, p. 378.

<sup>1940</sup> *Ibidem*.

<sup>1941</sup> THOMAS SPIJKERBOER, “Structural Instability...”, p. 287.

<sup>1942</sup> Nos casos *Benamar* e *Chandra* estes já possuíam uma idade mais avançada, o que, para o TEDH, tornaria mais difícil a sua integração no país de acolhimento.

país de origem<sup>1943</sup>, e o grau de dependência em relação aos pais. Outros fatores continuam a ser tidos em conta, como a voluntariedade da decisão de deixar os familiares no país de origem<sup>1944</sup> e o tempo que medeia a instalação do imigrante no país de acolhimento e o pedido de reagrupamento familiar<sup>1945</sup>. Neste sentido, assim, tem-se afirmado que o fator “tempo” joga em desfavor do reconhecimento de um direito ao reagrupamento familiar<sup>1946</sup>. No entanto, da análise da jurisprudência do TEDH em matéria de reconhecimento de um direito ao reagrupamento familiar não é fácil traçar linhas de orientação no que toca ao peso conferido a estes vários fatores<sup>1947</sup>. Se, através dos fatores enunciados, chegar à conclusão que a vida familiar só se pode desenrolar adequadamente no Estado de acolhimento, o TEDH considera que a recusa de reagrupamento familiar constitui *a se* uma ingerência ilegítima na vida familiar, não chegando a analisá-la do ponto de vista do n.º 2 do art. 8.º. No entanto, se não considerar que o local de residência é o único adequado para o desenvolvimento da vida familiar, a recusa de reagrupamento não será sequer tida como constituindo uma ingerência na vida familiar. Assim, também aqui o TEDH não analisa do cumprimento do n.º 2 do art. 8.º.

Alguns autores referem que a proteção resultante da jurisprudência do TEDH em tais casos continua a não ser suficiente, alegando que deveria bastar a simples circunstância de membros da família serem forçados a, pretendendo viver com a família que ficou no país de origem, terem de abandonar o país de residência. A exigência de escolha entre a residência e a família deveria constituir, por si só, uma *ingerência* na vida familiar, que, por isso, só seria legítima se passasse o crivo do n.º 2 do art. 8.º<sup>1948</sup>. Outros autores referem ainda que será sempre difícil, nos casos de reagrupamento familiar, demonstrar que a vida familiar não se pode desenvolver no país de origem, já que, desde logo, é onde os membros da família ainda se encontram e onde, as mais das vezes, mantêm os mais diversos laços com a

---

<sup>1943</sup> No caso *Ahmut*, foi relevante para a decisão o facto de a menor cujo reagrupamento era pedido manter vínculos sólidos com o país de origem.

<sup>1944</sup> Assim se continuou a referir nas decisões *Chandra* e *Ramos Andrade*. Este critério é apelidado, por alguns autores, como “critério da responsabilidade individual”. Cf. INES ARRIAGA IRABURU, *El Derecho a la Vida Familiar...*, p. 235.

<sup>1945</sup> Este é mais um fator que parece jogar contra o recorrente no caso *Ramos Andrade* e no caso *Chandra*. No entanto, este critério nem sempre tem sido levado às últimas consequências. Como sublinha THOMAS SPIJKERBOER, o facto de os imigrantes terem pedido o reagrupamento familiar dos filhos logo após a sua instalação no território é tido como um aspeto positivo no caso *Tuquabo-Tekle*, mas não é tido em conta no caso *Gül*. Cf. “Structural Instability...”, p. 279.

<sup>1946</sup> FRANÇOISE DEKEUWER-DÉFOSSEZ, “Conclusions...”, p. 395. Assim, na dec. *I.M. c. Holanda*, o TEDH tomou em consideração o facto de a recorrente ter solicitado o reagrupamento da filha, que havia deixado no país de origem com três anos de idade, apenas após o decurso de seis meses e meio. Em contrapartida, porém, nos casos em que um período de espera demasiado longo resulte de imposição do Estado de acolhimento, esse mesmo período pode consubstanciar problemas de respeito pelo art. 8.º. Assim, HÉLÈNE LAMBERT, “The European Court...”, p. 438.

<sup>1947</sup> De facto, no caso *Gül*, apesar de existir um menor que residia legalmente no Estado de acolhimento, esse facto não foi adequadamente tido em conta, enquanto nos casos *Sen* e *Tuquabo-Tekle* esse foi o fator determinante para o reconhecimento de um direito derivado a reagrupamento familiar. Sobre este ponto, v. THOMAS SPIJKERBOER, “Structural Instability...”, p. 279. O autor refere que a razão determinante para a diferença de tratamento numa e noutra situação é a estabilidade do estatuto dos recorrentes no território de acolhimento. Mas ainda assim esse critério esbarra com outras contradições jurisprudenciais. Assim, no caso *Ahmut*, não se teve em conta o estatuto do recorrente, que era o mais estável possível – o da nacionalidade do Estado em causa. Sobre este aspeto, v. NICHOLAS BLAKE & RAZA HUSAIN, *Immigration, Asylum...*, p. 185.

<sup>1948</sup> V., para referências sobre esta doutrina, JACQUES VELU & RUSEN ERGEC, *La Convention Européenne ...*, p. 554.

comunidade<sup>1949</sup>. Já outros consideram que prescindir desse requisito significaria atribuir um âmbito de proteção ao art. 8.º que este não possui, já que esta disposição não garante, por si só, um direito a entrar num Estado<sup>1950</sup>. Pela nossa parte, como iremos desenvolver mais à frente, concordamos com as primeiras posições.

Nos casos de obrigações positivas, o critério dos obstáculos ao desenvolvimento da vida familiar noutra local é, assim, determinante para que o TEDH considere *existir ingerência* na vida familiar. No caso *Gül*, este critério é formulado de forma perentória, no sentido de que se deve averiguar se a entrada do menor no território de acolhimento é a *única forma* de se poder levar a cabo uma vida familiar. Nos casos *Sen* e *Tuquabo-Tekle*, o TEDH alterou a formulação, referindo que o que interessava era averiguar se a entrada dos filhos no território era a *forma mais adequada* de se levar a cabo a vida familiar.

### c) *Legitimidade da ingerência*

O TEDH afere da legitimidade da ingerência na vida familiar através da análise do n.º2 do art. 8.º CEDH. Esta análise é efetuada apenas nos casos respeitantes à violação de obrigações negativas, *i.e.*, nos casos de expulsão do território, em que se considera, *ipso facto*, existir ingerência na vida familiar. Como se referiu no ponto anterior, nos casos de obrigações positivas, o TEDH não chega a aplicar o n.º2 do art. 8.º da CEDH.

Nos casos de obrigações negativas, a decisão de expulsão (que, como se referiu, se traduz *ipso facto* numa ingerência), deverá cumprir vários requisitos para poder ser legítima. Os mesmos podem ser sintetizados da seguinte forma: legalidade, legitimidade e necessidade<sup>1951</sup>. De facto, determina o n.º 2 do art. 8.º que essa ingerência deverá estar prevista na lei, visar um fim legítimo e ser necessária numa sociedade democrática. Este n.º2 é inspirado no n.º2 do art. 29.º da DUDH<sup>1952</sup>. Por outro lado, cabe aqui voltar a sublinhar que, em obediência ao objetivo de promover o desenvolvimento dos direitos humanos protegidos pela CEDH, os órgãos de garantia da CEDH têm adotado uma perspetiva de *interpretação restritiva* desta cláusula de restrição<sup>1953</sup>.

Assim, nos casos, de expulsão, o TEDH considera que a medida, ainda que interfira na vida familiar do recorrente, pode ser legítima, se essa interferência respeitar os referidos limites. Significa isso que, apesar de reconhecer que existe, *prima facie*, um direito a não ser

<sup>1949</sup> Assim, v. HÉLÈNE LAMBERT, “The European Court...”, p. 440.

<sup>1950</sup> V., entre vários autores, JACQUES VELU & RUSEN ERGEC, *La Convention Européenne ...*, p. 554.

<sup>1951</sup> DIEGO BOZA MARTÍNEZ, *Los Extranjeros...*, p. 137.

<sup>1952</sup> Nos termos do art. 29.º da DUDH, «no exercício destes direitos e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática». Também aí, pois, se fazem exigências respeitantes à origem da restrição – que tem de estar prevista na lei –, bem como respeitantes à prevenção de arbitrariedade – a restrição ter de visar um dos fins enumerados. No entanto, contrariamente à DUDH, que estabeleceu uma cláusula geral de restrição, na CEDH optou-se por se estabelecer cláusulas de restrição por cada direito individualmente considerado. Sobre este aspeto e sobre os trabalhos preparatórios do n.º 2 do art. 8.º, v. VINCENT COUSSIRAT- COUSTERE, “Article 8 §2...”, p. 324 e ss.

<sup>1953</sup> Em sentido contrário, FABIENNE JAULT-SESEKE refere que a ComEDH, em particular, se demonstrou muito liberal no que toca à apreciação dos motivos de ordem pública que consubstanciam limites ao n.º1 do art. 8.º. Cf. *Le Regroupement Familial...*, p. 21.

expulso para efeitos de preservação da vida familiar, esse direito pode ser restringido verificados que sejam os limites impostos pelo n.º2 do art. 8.º da CEDH. Vejamos em que consistem esses limites.

*i) Ingerência prevista na lei*

O requisito relativo à *previsão na lei* visa uma garantia de igualdade e de prevenção de decisões administrativas arbitrárias<sup>1954</sup>. Do texto da CEDH não resulta o que deve entender-se por “lei”, mas o TEDH tem-na entendido em sentido material<sup>1955</sup>: *lei* deverá fazer parte do direito vinculante do Estado. Estão, assim, abrangidas as convenções internacionais aplicáveis na ordem interna, bem como os atos regulamentares que tenham por base uma lei interna. Em princípio, compete aos tribunais nacionais verificar a existência e requisitos formais / constitucionais dessa base legal, bem, como interpretá-la. No entanto, os órgãos de garantia da CEDH controlam a “qualidade” da “lei”. Nesse sentido, têm afirmado que a lei deve possuir determinadas características: tem de ser acessível, justificável, previsível e suficientemente clara<sup>1956</sup>. Isso pressupõe, desde logo, a publicidade da mesma, mas não, necessariamente, a forma escrita. Por outro lado, no que toca à previsibilidade, tem-se invocado que a lei deve ser formulada de forma a que os destinatários possam prever as consequências das suas ações<sup>1957</sup>. Por outro lado, deve garantir que a discricionariedade deixada para a administração seja exercida de acordo com a lei, e sem possibilidade de arbitrariedade<sup>1958</sup>.

O TEDH considerou ainda que uma medida de expulsão não era “prevista na lei”, se não pudesse ser objeto de controlo, por um órgão independente e imparcial, que analisasse todas as questões de direito e de facto pertinentes para aferir da legitimidade da medida<sup>1959</sup>.

*ii) Fim legítimo*

Os órgãos de garantia da CEDH não dão uma noção sobre o que deve considerar-se “fim legítimo”, mas o n.º2 do art. 8.º enumera, de forma taxativa, os fins que podem ser tidos

---

<sup>1954</sup> EMMANUELLE NERAUDAU-D’UNIENVILLE, *Ordre Public...*, p. 106.

<sup>1955</sup> VINCENT COUSSIRAT-COUSTERE, “Article 8 §2...”, p. 334.

<sup>1956</sup> V. decisão no caso *Slivenko*, cit.

<sup>1957</sup> HÉLÈNE LAMBERT, *The Position of Aliens...*, p. 41 e JACOBS & WHITE, *The European Convention...*, p. 223 e ss. Na dec. de 12/02/2013, *Amie e outros c. Bulgária*, queixa n.º 58149/08, o TEDH considerou que, tendo os procedimentos referentes à expulsão dos recorrentes sido secretos, a ingerência na vida familiar não tinha sido “de acordo com a lei”.

<sup>1958</sup> Assim, a dec. de 02/06/2002, *Al Nashif c. Bulgária*, queixa n.º 50963/99. No caso, o TEDH sublinhou que o facto de se invocar a segurança nacional para a expulsão de um alegado terrorista não era motivo suficiente para se prescindir dos requisitos relativos à acessibilidade e previsibilidade da lei. Sobre este ponto v. HELEN MOUNTFIELD, “The Concept of Lawful Interference...”, p. 8 e ss., NICHOLAS SITAROPOULOS, “The Role and Limits...”, p. 110, SUSANA ALMEIDA, *O Respeito pela Vida (Privada) e Familiar...*, p. 95.

<sup>1959</sup> Dec. de 12/10/2006, *Kaya c. Roménia*, queixa n.º 33970/05.

como tal<sup>1960</sup>, e que são os seguintes: a segurança nacional<sup>1961</sup>, a segurança pública, a defesa da ordem<sup>1962</sup> e a prevenção de infrações penais<sup>1963</sup>, a proteção da saúde e da moral, a proteção dos direitos e liberdades de terceiros, bem como o bem-estar económico do país<sup>1964</sup>. É o TEDH que procede ao exercício de qualificar o fim em presença e de o enquadrar numa destas categorias<sup>1965</sup>.

Note-se que o fim de “controlo da imigração” não está, em si, contemplado na enumeração do n.º 2 do art. 8.º da CEDH. Assim, as medidas estaduais adotadas nesse âmbito e que interfiram com a vida familiar dos imigrantes têm de ser reconduzidas a um dos fins enumerados, de forma a poderem ser consideradas “legítimas”. Neste ponto, merece-nos total acordo a formulação de NICHOLAS BLAKE & RAZA HUSAIN, quando referem que o controlo da imigração não é, em si, um fim apto para justificar uma medida de ingerência na vida familiar, mas apenas um meio através do qual outros fins são prosseguidos<sup>1966</sup>. EMMANUELLE NÉRAUDAU-D’UNIENVILLE refere, porém, que os fins enumerados são suficientemente amplos para permitirem uma ampla margem de liberdade por parte dos Estados na fixação das suas políticas de imigração<sup>1967</sup>.

No que toca à defesa da moral, decorre da jurisprudência do TEDH, de facto, o reconhecimento de ampla margem de apreciação por parte dos Estados. No entanto, têm de estar em causa razões particularmente sérias que justifiquem a convocação desse motivo<sup>1968</sup>. Essa cláusula, juntamente com a proteção dos direitos de terceiros, foi adotada num caso relativo à recusa de reagrupamento familiar de uma segunda mulher de uma união poligâmica<sup>1969</sup>. O caso, decidido pela ComEDH, foi dos poucos sobre obrigações positivas em que se procedeu a uma análise da legitimidade da ingerência à luz do n.º 2 do art. 8.º. A ComEDH decidiu que a prevenção de formação de lares poligâmicos, considerados inaceitáveis para a sociedade inglesa, e por outro, a preservação da cultura cristã monogâmica dominante no país eram fins legítimos, pelo que a recusa de reagrupamento não violava o art. 8.º da CEDH.

A categoria referente à proteção do bem-estar económico do país reveste particular importância em matéria de imigração. Neste fim podem ser inseridos interesses como a proteção do mercado de trabalho, ou o controlo da densidade populacional<sup>1970</sup>. Assim, no

---

<sup>1960</sup> Para uma análise detalhada do significado de cada um dos “fins legítimos” enumerados, v. PETER KEMPEES, “«Legitimate Aims»...”, p. 660 e ss.

<sup>1961</sup> No caso *Slivenko*, o TEDH considerou que o fim «segurança nacional» poderia justificar a expulsão de militares estrangeiros e de membros das suas famílias.

<sup>1962</sup> Casos *Moustaquim e Boughanemi*, cit.

<sup>1963</sup> Casos *Beldjoudi e Nasri*, cit.

<sup>1964</sup> Casos *Berrehab e Ciliz*, cit.

<sup>1965</sup> VINCENT COUSSIRAT-COUSTERE, “Article 8 §2...”, p. 336.

<sup>1966</sup> NICHOLAS BLAKE & RAZA HUSAIN, *Immigration, Asylum...*, p. 190. No mesmo sentido, v. HELEN TONER, “Immigration Law and Family Life...”, p. 211.

<sup>1967</sup> EMMANUELLE NÉRAUDAU-D’UNIENVILLE, *Ordre Public...*, p. 458.

<sup>1968</sup> *Idem*, p. 457.

<sup>1969</sup> Dec. de 29/06/1992, *Rabia Bibi c. Reino Unido*, queixa n.º 19628/92. Sobre este caso, v. ANA RITA GIL, “Do Reconhecimento de Efeitos a Casamentos Poligâmicos ...”, p. 16 e ss.

<sup>1970</sup> VINCENT COUSSIRAT-COUSTERE, “Article 8 §2...”, p. 348. Este “fim” não estava previsto no texto inicial, tendo sido introduzido por exigência do Reino Unido. Assim, INES ARRIAGA IRABURU, *El Derecho a la Vida Familiar...*, p. 154.



caso *Berrehab*, o TEDH considerou que o fim visado pelo Governo com a expulsão se inseria no fim “preservação do bem-estar económico do país”, já se havia invocado a necessidade de controlar a densidade populacional e o mercado de trabalho.

Ora, em geral, o TEDH mostra-se mais exigente quando a medida de expulsão se justifica apenas com a necessidade de assegurar a preservação do bem-estar económico do país. DIEGO BOZA MARTÍNEZ refere que essa exigência deriva do facto de ser mais difícil justificar a medida de expulsão, uma vez que a expulsão de *um indivíduo* não é suficiente para alterar a situação económica do país<sup>1971</sup>. HENRI LABAYLE, por seu turno, critica a equiparação deste motivo, que considera relativo e contingente, aos demais fins previstos no n.º2 do art. 8.º.

Por seu turno, tratando-se de expulsão motivada pelo desrespeito das normas vigentes em matéria de controlo da imigração (p. ex., ultrapassagem do período de residência autorizado, entrada ilegal no país, atuação fraudulenta ou permanência no mesmo após proibição de reentrada), a situação integrar-se-á no fim de “defesa da ordem”<sup>1972</sup>. Tratando-se de expulsão de estrangeiros que tenham cometido ilícitos criminais, o fim prosseguido pode enquadrar-se tanto na defesa da ordem, como na prevenção de infrações penais<sup>1973</sup>.

*iii) Necessidade numa sociedade democrática*

Por fim, a ingerência tem de ser «necessária numa sociedade democrática». A expressão “numa sociedade democrática” reporta-se também à especial qualidade dos fins que a medida visa alcançar. Neste contexto, alguns autores referem que a “sociedade democrática” se caracteriza pelo pluralismo, tolerância e espírito de abertura, igualdade, liberdade, bem como respeito pelos direitos das minorias<sup>1974</sup>. Assim, numa “sociedade democrática” os fins legítimos visados pela ingerência não podem pôr em causa a substância desses princípios. Neste contexto, a ingerência deve corresponder a um “fim social imperioso”, *i.e.*, não só a um fim coletivo, público, mas ainda a um fim que se apresente como um motivo justo, pertinente e suficiente para justificar a ingerência<sup>1975</sup>.

Para além da referência à sociedade democrática, o n.º2 menciona ainda que a ingerência deve ser *necessária*. Trata-se, aqui, da convocação do princípio da proporcionalidade<sup>1976</sup>. Isso pressupõe que a medida tenha um nexo de causalidade com o fim prosseguido e que seja indispensável à prossecução do mesmo<sup>1977</sup>. No caso *Silver*, o TEDH explicou o teste da necessidade da seguinte forma: o adjetivo “necessário” não é sinónimo de “indispensável”, nem tem a flexibilidade das expressões “admissível”, “normal”, “razoável” ou “desejável”<sup>1978</sup>. Situar-se-ia, pois, a meio caminho destas duas ideias. Não obstante, alguns

---

<sup>1971</sup> DIEGO BOZA MARTÍNEZ, *Los Extranjeros...*, p. 139.

<sup>1972</sup> MARK. E. VILLIGER, “Expulsion and the right...”, p. 660.

<sup>1973</sup> VINCENT COUSSIRAT-COUSTERE, “Article 8 §2...”, p. 349.

<sup>1974</sup> EMMANUELLE NÉRAUDAU-D’UNIENVILLE, *Ordre Public...*, p. 459, JACOBS & WHITE, *The European Convention...*, p. 232 e ss.

<sup>1975</sup> VINCENT COUSSIRAT-COUSTERE, “Article 8 §2...”, p. 337.

<sup>1976</sup> Sobre o princípio da proporcionalidade na jurisprudência do TEDH v., em geral, MARC-ANDRÉ EISSEN, “Le Principe de Proportionnalité...”, p. 279 e ss. e SÉBASTIEN VAN DROOGHENBROEK, *La proportionnalité...*

<sup>1977</sup> No mesmo sentido, MILÈNE NYS, *L’Immigration...*, p. 129.

<sup>1978</sup> Dec. de 25/03/1983, *Silver & Outros c. Reino Unido*, queixas n.º 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 e 7136/75.

autores referem que da jurisprudência do TEDH se pode retirar a ideia de que as limitações aos direitos fundamentais apenas devem ser admitidas se forem o menos restritivas possível, *i.e.*, se não existirem outros meios disponíveis que permitam alcançar o mesmo objetivo, mas que importem um sacrifício menor ao direito em causa<sup>1979</sup>.

Na prática, o requisito de a ingerência ter de ser “necessária” numa sociedade democrática tem sido tratado como pressupondo a exigência de realização de um equilíbrio entre todos os interesses envolvidos. Assim, o teste da necessidade identifica-se mais especificamente com o teste do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. De acordo com este teste, quanto mais grave a medida, mais importantes devem ser os motivos que a justificam. Por outras palavras, a ingerência no direito não deve ser superior ao necessário para salvaguardar o referido fim social imperioso.

Em matéria de controlo da imigração, na avaliação do respeito por um justo equilíbrio entre o interesse do recorrente em levar a cabo uma vida familiar e os interesses gerais da sociedade, o TEDH reconhece que é deixada aos Estados margem de apreciação para avaliarem o que deverá ser tido como “uma medida necessária”. A margem de apreciação deriva aqui da especificidade da matéria em causa, que convoca variados interesses públicos, como já vimos<sup>1980</sup>. Por outro lado, tal margem é reconhecida quer no plano da escolha das medidas necessárias para levar a cabo o fim estadual visado, quer ainda na execução desse meio<sup>1981</sup>.

Posta esta precisão, importa analisar de que forma o TEDH controla o equilíbrio alcançado entre o fim visado pela medida e o direito de levar a cabo uma vida familiar. O teste de equilíbrio é levado a cabo, não entre o direito e o interesse público abstratamente considerados, mas sim entre um e outro *tal como eles aparecem configurados no caso concreto*<sup>1982</sup>. Será, assim, em função das circunstâncias de cada caso que o juiz europeu decide qual o direito ou interesse a dar prevalência. Do juízo daí decorrente, o juiz europeu pode chegar a uma das seguintes conclusões: a) a ingerência *não é justificada*; b) a ingerência é justificada, mas a situação dos recorrentes prevalece, não sendo, por isso, a ingerência “necessária”, e, finalmente, c) a ingerência é justificada e necessária, tendo sido levado a cabo um justo equilíbrio entre os interesses em presença e não sendo a medida desproporcionada em relação ao fim prosseguido.

Como oportunamente se apontou, durante algum tempo, as decisões em matéria de proteção da vida familiar em caso de expulsão de estrangeiros do território eram criticadas devido ao seu casuísmo, que resultava, precisamente, dos diversos resultados que decorriam da ponderação de interesses<sup>1983</sup>. Na decisão do caso *Boultif*, o TEDH procedeu a um esforço de sintetização dos critérios de decisão, que foram depois desenvolvidos no caso *Üner*. De acordo com esta jurisprudência, são vários os aspetos a ter em conta. Do lado dos interesses do recorrente, tem-se em conta a sua situação pessoal e familiar. Desde logo, no país de acolhimento, *i.e.*, o grau de inserção nesse país ou a solidez da ligação entretida com o mesmo. Para aferir do grau de inserção do recorrente no país de acolhimento, o TEDH tem

---

<sup>1979</sup> Assim, OLIVIER DE SCHUTTER & FRANÇOISE TULKENS, “Rights in Conflict...”, p. 189.

<sup>1980</sup> Cf., sobre os referidos interesses públicos, o que se escreveu na Parte I, Capítulo IV, ponto 2.3. e, sobre os diferentes âmbitos da margem de apreciação, o desenvolvido no Capítulo I, ponto 3.2. da presente Parte.

<sup>1981</sup> Para mais desenvolvimentos sobre este ponto, v. VINCENT COUSSIRAT-FOUSTIER, “Article 8 §2...”, p. 339 e ss., OLIVIER DE SCHUTTER & FRANÇOISE TULKENS, “Rights in Conflict...”, p. 177, ANUSCHEH FARAHAT, “The Exclusiveness of Inclusion...”, p. 256.

<sup>1982</sup> Sobre este ponto, v. OLIVIER DE SCHUTTER & FRANÇOISE TULKENS, “Rights in Conflict...”, p. 191 e ss.

<sup>1983</sup> Cf. a título de exemplo, as opiniões discordantes dos Juízes BAKA e VAN DIJK na dec. no caso *Boujlifa*.

em conta, desde logo, o seu estatuto legal<sup>1984</sup>. Um aspeto assiduamente analisado pelo TEDH é também a aquisição da nacionalidade do país de acolhimento (ou a manifestação de vontade nessa aquisição). É importante, depois, a duração da permanência no país<sup>1985</sup>, a frequência do sistema de ensino, a atividade profissional desenvolvida<sup>1986</sup>. Alguns autores afirmam que a proteção concedida pelo TEDH é substancialmente maior nos casos em que está em causa a expulsão de estrangeiros que nasceram no país de acolhimento<sup>1987</sup>. Não cremos, porém, ser esse um fator decisivo, pois o TEDH concede igual proteção aos estrangeiros que se deslocaram para o mesmo em tenra idade<sup>1988</sup>. Por outro lado, o TEDH tem recusado conceder proteção especial aos chamados “imigrantes de segunda geração”, negando que os mesmos possam ser considerados “quase-nacionais”, apesar de vários votos de vencido nesse sentido<sup>1989</sup>. Em boa verdade, a distinção realmente decisiva para o TEDH é a que opõe estrangeiros que nasceram ou se instalaram durante a infância no país de acolhimento e os estrangeiros que mais tardiamente aí chegaram. Por fim, e apesar de não ser um fator sistematicamente enunciado pelo TEDH, a duração do período de proibição de reentrada que acompanha a decisão de expulsão pode também ter relevo no que toca a avaliar da necessidade da medida<sup>1990</sup>.

O TEDH avalia depois a importância dos laços familiares em causa. Particularmente relevante é a existência de relação conjugal ou de união de facto com nacional do país de acolhimento (ou mesmo com estrangeiro residente)<sup>1991</sup>. O TEDH tem em conta a duração da união, a nacionalidade do cônjuge, bem como o facto de este ter conhecimento da situação legal do recorrente à data da união ou da prática de delitos da parte deste<sup>1992</sup>. Finalmente, é determinante a existência de filhos menores nascidos e aí residentes, bem como a idade dos mesmos<sup>1993</sup>.

São depois valorizados os laços que o recorrente mantém com o seu país de origem. Neste contexto, o TEDH verifica, por exemplo, se a nacionalidade do estrangeiro se resume apenas

---

<sup>1984</sup> Veja-se, neste ponto, o caso *Bouchelkia*.

<sup>1985</sup> Assim, as dec. nos casos *Moustaquim*, cit. e *Boughanemi*, cit.

<sup>1986</sup> Assim, a dec. de 27/10/2005, *Keles c. Alemanha*, queixa n.º 32231/02.

<sup>1987</sup> MICHEL LEVINET, “L'éloignement...”, p. 101.

<sup>1988</sup> No caso *Keles*, o TEDH afirmou que, apesar de um imigrante que entrou no país de acolhimento com 10 anos de idade não poder ser considerado, *stricto sensu*, um imigrante de segunda geração, deviam ser aplicados os mesmos critérios aplicáveis a esses imigrantes. V. ainda a dec. de 10/07/2003, *Benbeba c. França*, queixa n.º 53441/99 e a dec. de 15/07/2003, *Mokrani c. França*, queixa n.º 52206/99. Já no caso *El Boujaïdi*, o recorrente tinha sete anos, no caso *Boughanemi* oito, no caso *C. c. Bélgica*, onze, e no caso *Dalia* dezassete. Em todos, o TEDH referiu que os primeiros laços sociais, escolares e linguísticos dos recorrentes foram criados no país natal. FRANÇOIS RIGAUX, crítica o uso deste critério, referindo que pode levar a situações de discriminação. Cf. “L’Immigration...”, p. 715.

<sup>1989</sup> Assim, o voto de vencido dos juizes COSTA e TULKENS na dec. *Baghli*.

<sup>1990</sup> Assim, o TEDH decidiu que, se a prática de determinados crimes poderia levar à expulsão por um certo período de tempo, o mesmo já poderia não suceder com a aplicação de penas de expulsão por tempo indeterminado que, em alguns casos, se poderiam afigurar desproporcionadas. Assim, o TEDH considerou desproporcionadas as medidas de interdição de entrada por tempo indeterminado nas dec. nos casos *Ezzouhdi*, *Keles* e na dec. de 22/04/2004, *Radovanovic c. Áustria*, queixa n.º 42703/98.

<sup>1991</sup> Assim, a dec. no referido caso *Beldjoudi*.

<sup>1992</sup> Na dec. de 17/02/2009, *Onur c. Reino Unido*, queixa n.º 27319/07, o TEDH tomou em consideração o facto de o cônjuge do recorrente ter conhecimento do percurso criminal deste último quando decidiu começar uma família com o mesmo.

<sup>1993</sup> *Berrehab*, cit. e *Keles*, cit.

a uma ligação jurídica sem qualquer correspondência sociológica ou se corresponde a uma realidade alicerçada em factos afetivos e culturais. O conhecimento da língua<sup>1994</sup>, o seguimento dos costumes e tradições<sup>1995</sup>, o cumprimento de serviço militar<sup>1996</sup>, a realização de viagens e de visitas ao país de origem e a existência de familiares próximos a residirem no mesmo<sup>1997</sup>, são fatores tidos em conta para a análise dessa ligação com o país de origem. Por fim, e perante os vários factos enumerados, o TEDH analisa a possibilidade de estabelecimento da vida familiar nesse país. Avalia-se, nesse contexto, a facilidade ou dificuldade de integração dos familiares no país de origem do estrangeiro<sup>1998</sup>.

Com o Acórdão no caso *Üner*, o TEDH acrescentou novos critérios, devido ao facto de o recorrente ter filhos menores. Passou a ser ainda relevante o interesse e bem-estar dos menores, em particular as dificuldades que os filhos do recorrente podem encontrar no país para o qual este possa ser expulso. Neste contexto, o TEDH toma em consideração a solidez das relações sociais, culturais e familiares que os menores possuem com cada um dos países<sup>1999</sup>.

Do lado dos interesses estaduais, o TEDH considera a natureza e gravidade da infração cometida, que para alguns autores é o critério predominante<sup>2000</sup>. Neste contexto, alguns autores referem que o TEDH tem combinado critérios abstratos, relativos à gravidade do crime, com circunstâncias concretas dos factos, de forma a compreender a verdadeira ameaça que o estrangeiro pode constituir para a ordem pública<sup>2001</sup>. Assim, tem condenado de forma mais austera os crimes de violência sexual (considerados “atentórios da dignidade da pessoa

---

<sup>1994</sup> Dec. *Yildiz* e Dec. *Keles*.

<sup>1995</sup> No caso *Nasri*, tomou-se em consideração o facto de o recorrente ter seguido os costumes muçulmanos em vários momentos da sua vida privada. No caso *Boughanemi*, o TEDH considerou, como um fator desfavorável para o recorrente, o facto de o mesmo não invocar desconhecer a língua do país de origem nem ter cortado os laços com o mesmo.

<sup>1996</sup> Dec. *Baghli*.

<sup>1997</sup> No caso *Bouchelkia*, o TEDH tomou em consideração o facto de o recorrente manter contactos regulares com os membros da família e deslocar-se em férias à Argélia.

<sup>1998</sup> No caso *Beldjoudi*, como já se referiu, o TEDH considerou que seria muito oneroso para a mulher do recorrente segui-lo para o país de origem. Quando estão em causa filhos menores já residentes há bastante tempo no local e que tenham crescido de acordo com a cultura do mesmo, o seu interesse tem tido consideração primacial, como se realçou recentemente no Ac. *Üner*. Sobre este ponto, v. em detalhe, BETTY DE HART, “Love Thy Neighbour...”, p. 147. A autora refere que quando está em causa a expulsão de um estrangeiro para um país islâmico, o TEDH considera que uma mulher ocidental enfrenta graves dificuldades em seguir o marido para esse país, o que não se verifica se estiver em causa uma expulsão para um país ocidental.

<sup>1999</sup> Assim, no caso *Amrollahi*, o TEDH tomou em consideração que a filha da cônjuge do recorrente se recusava a ir viver para o Irão. Cf. dec. já citada. Também no caso *Omojudi*, o TEDH atribuiu um peso considerável às dificuldades que os filhos do recorrente, nascidos no país de acolhimento, e que não estavam em idade *adaptável*, encontrariam se fossem forçados a viver na Nigéria.

<sup>2000</sup> HENRI LABAYLE, “L’article 8...”, p. 99. De facto, em alguns casos, o TEDH afirmou que a gravidade das infrações poderá justificar uma ingerência na vida familiar do recorrente (assim, nos casos *Boughanemi* e *Dalia*), sendo que, quando estavam em causa infrações menos graves, o TEDH demonstrou mais permissividade (assim, nos casos *Nasri*, *Yildiz* e, mais recentemente, a dec. de 04/12/2012, *Hamidovic* c. Itália, queixa n.º 31956/05, em que o TEDH considerou que a gravidade do ilícito – mendicância – não era proporcional à medida de expulsão aplicada). Já na dec. de 03/07/2012, *Samsonnikov* c. Estónia, queixa n.º 52178/10, o TEDH considerou que a expulsão de um estrangeiro, infetado com hepatite C, de um país onde o mesmo tinha fortes ligações pessoais e familiares não era desproporcionada face à gravidade e multiplicidade dos crimes cometidos (tráfico de droga e roubo agravado).

<sup>2001</sup> FRÉDÉRIC SUDRE, JEAN-PIERRE MARGUÉRAUD, JOËL ANDRIANTSIMBAZOVINA, ADELINE GOUTTENOIRE & MICHEL LEVINET, *Les Grands Arrêts* ..., p. 513.

humana”) e de tráfico de estupefacientes (considerados como “fonte de desagregação das sociedades europeias”)<sup>2002</sup>. O TEDH tem ainda em consideração de que forma o recorrente se envolveu no crime<sup>2003</sup>. É ainda importante a data em que as infrações foram cometidas, a idade que o estrangeiro tinha<sup>2004</sup>, as circunstâncias atenuantes do crime, bem como a conduta dos recorrentes anterior e posterior à prática dos atos<sup>2005</sup>. Por fim, preocupado em analisar se o recorrente consubstancia uma ameaça à ordem pública, o TEDH tem em conta não apenas o cometimento de crimes por parte do mesmo, mas também o comportamento do recorrente em geral. O estatuto ilegal do estrangeiro no território pode também ser um fator que confere mais peso aos interesses do Estado, como foi reafirmado no caso *Konstantinov*. No entanto, se a expulsão é apenas motivada por irregularidade da presença no território, os interesses estaduais terão um peso menor<sup>2006</sup>. Note-se que os critérios enunciados são plenamente aplicados aos casos de expulsão motivados por salvaguarda da ordem pública, embora, naturalmente, muitos não sejam ponderados nos casos em que está em causa o bem-estar económico do Estado ou outro interesse público mencionado no n.º2 do art. 8.º, por se referirem à prática de ilícitos.

Caberá ao TEDH pesar todos os critérios mencionados. Ora, uma vez que o TEDH não realiza uma verdadeira hierarquia entre os vários interesses em presença, apenas dando prevalência a um ou outro valor de acordo com o peso que os mesmos revistam no caso concreto, a abordagem é necessariamente casuística<sup>2007</sup>. De qualquer forma é possível, com certos autores, afirmar que, uma vez estabelecida a existência de laços familiares fortes no território de acolhimento, apenas razões muito sérias, ligadas nomeadamente à prática de delitos graves, podem justificar uma expulsão para o país de origem<sup>2008</sup>.

### 2.2.5. Análise crítica

O TEDH tem continuado a afirmar que o art. 8.º da CEDH não garante o direito de uma família imigrar para um território para aí estabelecer o seu domicílio. A proteção de um direito derivado de imigração dependerá das circunstâncias de cada caso<sup>2009</sup>. No entanto,

---

<sup>2002</sup> Assim, respetivamente, o caso *Bouchelkia e C. c. Bélgica*, entre outros.

<sup>2003</sup> Assim, no caso *Moustaquim*, foi considerado como atenuante o facto de o recorrente não ter sido o instigador do crime cometido.

<sup>2004</sup> Assim, a dec. de 06/02/2003, *Jakupovic c. Áustria*, queixa n.º 36757/97, e a recente dec. de 25/03/2014, *Palanci c. Suíça*, queixa n.º 2607/2008.

<sup>2005</sup> Assim, no caso *Moustaquim*, foi determinante o facto de o recorrente ter limitado a sua conduta criminosa ao período da sua adolescência. Já no caso *Boughanemi*, os antecedentes criminais do recorrente constituíram um fator desfavorável para o mesmo.

<sup>2006</sup> Assim, na dec. de 27/09/2011, *Alim c. Rússia*, queixa n.º 39417/07, em que o TEDH considerou que, apesar de a situação de irregularidade do recorrente se ter ficado a dever a incúria do mesmo, ainda assim a expulsão do território era desproporcionada.

<sup>2007</sup> Demonstrativa da incerteza em causa, e que mais não é que fruto da ambivalência em que continuamente se move o TEDH, na tentativa de conciliar a proteção dos direitos individuais e da conservação das soberanias estaduais, é a formulação de MICHEL LEVINET, quando refere que a jurisprudência do TEDH combina audácia e realismo, mantendo, ao mesmo tempo, uma conceção alargada da noção de família mas mostrando-se, cada vez mais, sensível aos imperativos securitários das sociedades europeias. Cf. “La Cour Européenne...”, p. 97.

<sup>2008</sup> HÉLÈNE LAMBERT, “The European Court...”, p. 447.

<sup>2009</sup> Reafirmou o recente Ac. *Konstantinov*: «Article 8 does not entail a general obligation for a State to respect immigrants' choice of the country of their residence and to authorise family reunion in its territory. Nevertheless, in a case which concerns family

podemos referir que, em geral, o TEDH protege direitos de imigração para efeitos de proteção da vida familiar nos casos em que esta não pode ser levada a cabo no país de origem, e em que a admissão ou permanência no país de acolhimento constitui o único meio para a efetivar<sup>2010</sup>.

Não obstante, a jurisprudência do TEDH sobre proteção do direito à vida em matéria de imigração tem sido alvo de várias críticas por parte da doutrina, que importa agora analisar.

### **a) Casuísmo e imprevisibilidade**

A crítica que tem surgido com maior frequência reporta-se ao casuísmo e imprevisibilidade da jurisprudência<sup>2011</sup>.

A proteção conferida pelo art. 8.º presta-se, desde logo, a mais incertezas que a referida pelo art. 3.º. De facto, no que toca a este último, a CEDH pode garantir um direito derivado a permanecer no território quando há um risco real de o recorrente ser sujeito a tratamentos proibidos por essa norma. Já o art. 8.º da CEDH não prevê critérios específicos para os casos em que pode oferecer proteção a estrangeiros que pretendam entrar ou permanecer nos territórios para efeitos de manutenção da vida familiar<sup>2012</sup>. Para além do mais, o art. 3.º oferece, como se viu, uma proteção absoluta, enquanto o direito à unidade familiar pode ser restringido para a proteção de outros fins legítimos. Assim, neste ponto a jurisprudência do TEDH não se apresenta linear, por se destinar a escrutinar permanentemente se, em concreto, o Estado respeitou o equilíbrio entre dois interesses em presença: os do indivíduo e os do Estado. Ora, nesta busca de equilíbrio, o TEDH pondera critérios que são inquantificáveis e muitas vezes insuscetíveis de comparação entre si<sup>2013</sup>.

Neste sentido, são ilustrativas as palavras do juiz MARTENS quando refere que a jurisprudência do TEDH na matéria é pautada por um casuísmo que constitui uma «lotaria para as autoridades nacionais e é uma fonte de embaraço para o Tribunal»<sup>2014</sup>. São também vários os autores que referem que o controlo da proporcionalidade das medidas de ingerência na vida familiar leva a soluções contraditórias e a um «indeterminismo jurídico»<sup>2015</sup>. DIEGO BOZA MARTÍNEZ refere, inclusivamente, que, no seu entender, o TEDH escolhe primeiro a solução que pretende dar ao caso, adaptando depois a essa solução o peso a conferir a cada critério<sup>2016</sup>.

---

*life as well as immigration, the extent of a State's obligations to admit to its territory relatives of persons residing there will vary according to the particular circumstances of the persons involved and the general interests.*

<sup>2010</sup> Assim, o nosso “Um Caso de Europeização...”, p. 23.

<sup>2011</sup> MICHEL LEVINET, “La Cour Européenne...”, p. 312, CARMEN TIBURCIO, *The Human Rights...*, p. 124, ANUSCHEH FARAHAT, “The Exclusiveness of Inclusion...”, p. 257.

<sup>2012</sup> Assim, alguns autores consideram que da jurisprudência do art. 3.º da CEDH se podem retirar princípios gerais, o que não se passa com a jurisprudência do art. 8.º, que é demasiado ligada ao caso concreto. V. DIEGO BOZA MARTÍNEZ, *Los Extranjeros...*, p. 127.

<sup>2013</sup> Assim, DIEGO BOZA MARTÍNEZ, *Los Extranjeros...*, p. 141.

<sup>2014</sup> Voto de vencido no caso *Boughanemi*.

<sup>2015</sup> MICHEL LEVINET, “L'éloignement...”, p. 108.

<sup>2016</sup> DIEGO BOZA MARTÍNEZ, *Los Extranjeros...*, p. 127 e ss. e 141. O autor põe em confronto vários casos. Em primeiro lugar, o caso *Moustaquim* e o caso *Boujlifa*. Em ambas as situações, os recorrentes haviam vivido no país de acolhimento desde tenra idade, vivendo com os pais e tendo ambos sido condenados por delitos

A posição maioritária do TEDH continua a defender que, não garantindo a CEDH proteção contra uma medida de expulsão ou a entrada no território a estrangeiros *a se*, apenas existindo semelhante proteção de forma indireta, o TEDH deve verificar caso a caso se as medidas interferem de forma ilegítima no direito à vida familiar. A jurisprudência do TEDH reflete, pois, a dificuldade de conciliação da função deste Tribunal enquanto garante dos direitos fundamentais, por um lado, e enquanto respeitador das soberanias nacionais no que toca ao domínio do *ius includendi et excludendi*, por outro<sup>2017</sup>. Assim, o TEDH continuará a correr o risco de produzir jurisprudência flutuante, não obstante o esforço de enumeração dos vários critérios que devem pautar as decisões na matéria.

### ***b) Inversão metodológica***

Seguidamente, cabe referir uma crítica metodológica também apontada. No contexto da doutrina geral de proteção dos direitos humanos, a garantia dos direitos é a *regra*, e as restrições constituem as *exceções*, necessitando, por isso, de ser sempre justificadas. Ora, vários autores têm afirmado que, no âmbito da proteção do direito à vida familiar do estrangeiro, o TEDH procede a uma inversão metodológica, já que a regra é o reconhecimento e afirmação do poder soberano de controlo da imigração, e a exceção o reconhecimento de um direito derivado a entrar / permanecer no território, por força da proteção da unidade familiar<sup>2018</sup>. Assim, enquanto que, em regra, o ónus da prova da necessidade da restrição do direito pertence ao Estado, no contexto da imigração, o ónus da prova de que a interferência do Estado é desproporcionada e corresponde a uma interferência ilegítima na vida familiar do estrangeiro pertence ao indivíduo<sup>2019</sup>. A justificação para esta inversão metodológica tem sido encontrada no facto de a matéria em causa dizer respeito à imigração, e, por isso, a poderes de soberania estaduais, o que “contaminaria” todo o raciocínio do TEDH<sup>2020</sup>.

No entanto, não concordamos totalmente com a crítica metodológica, já que ela parte da conceção de que os direitos de imigração seriam garantidos, enquanto tais, pela CEDH. Ora, isso não acontece, sendo os mesmos protegidos apenas de forma derivada. Assim, não existe *sempre* um direito ao reagrupamento familiar ou à proteção contra expulsão. Esses direitos só existem nos casos em que sejam *necessários* para proteger efetivamente a vida familiar. Aquilo que os autores chamam de «inversão metodológica» trata-se, no nosso entender, apenas do modo de funcionamento do mecanismo de proteção derivada: a vida familiar é protegida naqueles casos através da imigração, se a imigração se revelar como o instrumento necessário para essa proteção. Assim, o interessado tem de, primeiro, demonstrar que é titular do direito à unidade familiar e que, para efetivar esse direito, necessita de um direito derivado de

---

cometidos na juventude. Os do primeiro eram menos graves, mas em maior número. O segundo, apenas fora condenado por assalto à mão armada. Nenhum deles havia voltado a cometer qualquer crime. A expulsão do primeiro foi considerada desproporcional, enquanto que a do segundo não. O autor considera que estas incongruências são fruto do subjetivismo, bem como da atenção exagerada dada a pormenores superficiais. No mesmo sentido, CONSTANCE GREWE refere que as soluções adotadas parecem resultar mais da vontade do juiz europeu do que do funcionamento de critérios objetivos Cf. “Le juge constitutionnel...”, p. 212.

<sup>2017</sup> Assim, também, ANUSCHEH FARAHAT, “The Exclusiveness of Inclusion...”, p. 257.

<sup>2018</sup> EMMANUELLE NÉRAUDAU-D’UNIENVILLE, *Ordre Public...*, p. 468, SYLVIE SAROLÉA, *Droits de l’Homme...*, p. 623, THOMAS SPIJKERBOER, “Structural Instability...”, p. 284.

<sup>2019</sup> ANUSCHEH FARAHAT, “The Exclusiveness of Inclusion...”, p. 263.

<sup>2020</sup> THOMAS SPIJKERBOER, “Structural Instability...”, p. 286.

imigração. Reconhecido esse direito, então, incumbirá aos Estados demonstrar que podem, legitimamente, interferir no mesmo.

**c) A doutrina do «local de residência alternativo»**

A conceção de que a imigração apenas deve ser protegida nos casos em que for efetivamente necessária para salvaguardar a vida familiar levou, porém, os órgãos de garantia da CEDH a adotar posições que, no nosso entender, se revelaram demasiado restritivas sobre o que deve ser entendido como “necessário para salvaguardar a vida familiar”. Quer nos casos de entrada, quer nos casos de expulsão do território, é determinante para o TEDH saber se existem obstáculos ao desenvolvimento da vida familiar noutro local. A formulação do TEDH é a de que importa saber se, mesmo com a medida estadual, a família tem possibilidades «razoáveis e não ilusórias» de exercer o seu direito num «local de residência alternativo»<sup>2021</sup>. Alguma doutrina anglo-saxónica chama a esta doutrina de «*elsewhere approach*»<sup>2022</sup>. Ela visa, precisamente, referir-se ao entendimento de que só se deve reconhecer um direito derivado de imigração se a vida familiar não se puder desenrolar no território de origem dos estrangeiros visados.

Esse “local de residência alternativo” deverá, à partida, ser coincidente com o do país de origem dos estrangeiros. Para aferir dessa possibilidade, o TEDH socorre-se, como se viu, de vários fatores de ponderação. Esses fatores – que, nos casos de entrada no território servem para determinar a própria existência em si de ingerência e, nos casos de expulsão, servem para determinar se a ingerência é «necessária numa sociedade democrática» - são, pois, indícios, para se aferir se a vida familiar pode ser levada a cabo noutro país. Só se se demonstrar que é impossível ou muito gravoso o desenvolvimento da vida familiar noutro local, devido à existência de um obstáculo jurídico ou de outra natureza, é que o art. 8.º poderá funcionar como um limite ao *ius includendi et excludendi* dos Estados. Ou, por outras palavras, a expulsão ou exclusão de um membro da família apenas é ilegítima se os demais membros da família não puderem seguir ou «não for razoável exigir que sigam»<sup>2023</sup> o primeiro para esse “local de residência alternativo”. Note-se que o uso do critério mencionado varia consoante se trate de uma obrigação negativa ou positiva. Nas últimas, intervém na própria determinação da *existência* de obrigação ou, de outro prisma, da ingerência. Nas primeiras, apenas intervém na determinação da *legitimidade* da ingerência<sup>2024</sup>.

---

<sup>2021</sup> A afirmação da aqui chamada doutrina do «local de residência alternativo» foi levada a cabo, pela primeira vez, pela ComEDH na decisão sobre admissibilidade de 08/02/1972, *X e Y c. Reino Unido*. Nessa primeira formulação, a ComEDH referiu não existirem obstáculos legais a que a família se pudesse instalar no território de origem. No entanto, posteriormente, a exigência de «obstáculos legais» foi substituída pela de existência de «obstáculos sérios» (v. assim, a dec. de 07/10/1976, *X e Y c. Suécia*, queixa n.º 7376/76). Mais tarde, a ComEDH chegou mesmo a referir-se a «obstáculos insuperáveis» («*unsurmountable obstacles*»). V. a dec. de 14/07/1982, *Família X c. Reino Unido*, queixa n.º 9492/81. Esta formulação foi, porém, abandonada posteriormente. Sobre este ponto v. INES ARRIAGA IRABURU, *El Derecho a la Vida Familiar...*, p. 119.

<sup>2022</sup> HUGO STOREY, “The Right to Family Life ...”, p. 336.

<sup>2023</sup> A formulação em inglês refere-se a «*reasonably expected*». Veja-se, a título de exemplo, a dec. de 17/12/1976, *Agee c. Reino Unido*, queixa n.º 7729/76.

<sup>2024</sup> Como se referiu *supra*, nas primeiras decisões da ComEDH sobre medidas de expulsão, o critério de residência alternativo foi usado também na própria determinação da existência de ingerência. Paulatinamente, passou a constituir um fator de ponderação de legitimidade da mesma. Sobre esta evolução, v. INES ARRIAGA IRABURU, *El Derecho a la Vida Familiar...*, p. 123 e ss.



Vários autores criticam esta orientação<sup>2025</sup>. Ora, também nós consideramos que, quer num caso quer noutro, o uso deste critério é demasiado restritivo. No caso das expulsões, ele intervém para se aferir se o Estado realizou um justo equilíbrio entre os vários interesses em presença. Ora, no nosso entender, tal critério deveria ser estranho a essa análise, que se deveria bastar com o interesse em prosseguir a vida familiar tal como ela se encontra configurada – no lar / residência atual. Em muitos casos, a *localização* da vida familiar em determinado país faz parte integrante do conteúdo da mesma, por dizer respeito à *casa de morada de família*, que tanta proteção recebe em outros contextos<sup>2026</sup>. Nesses casos, a manutenção da vida familiar *naquele local* integra como que o conteúdo *daquela unidade familiar*, pelo que o direito de imigração se afigura como um corolário necessário para garantir o respeito por esse direito, tal como ele é configurado no caso concreto. Os membros da família terão, assim, não só um direito a viver juntos, mas ainda um direito a viver juntos *naquele país*, que é o seu lar, sob pena de descaracterização da vida familiar até então constituída e mantida. De facto, a “vida familiar” não é um ente abstrato, mas sim uma realidade concreta, localizada numa determinada comunidade, da qual recebe uma configuração própria. RUT RUBIO MARIN & RORY O’CONNELL acrescentam ainda a ideia, que merece o nosso acordo, de que a decisão de formar família pode depender das circunstâncias socioculturais em que cada um vive<sup>2027</sup>. Cabe ao Estado em que essa comunidade de vida se desenvolve protegê-la.

Um critério respeitante a local de “residência alternativo” deveria ser usado apenas para aferir da manutenção do núcleo essencial do direito à unidade familiar, depois de ponderados os interesses em conflito. *I.e.*, os interesses da vida familiar poderiam prevalecer face aos interesses públicos em presença, independentemente de saber se o estrangeiro pode ou não levar a cabo a vida familiar noutro local. Se, pelo contrário, os interesses públicos prevalecessem, um direito à permanência no território deveria, ainda assim, ser reconhecido, se fosse a *única forma* de o estrangeiro levar a cabo a vida familiar. Seria esta a sede adequada para intervenção de um critério de *ultima ratio* como é o do local de residência alternativo.

Quando está em causa o reconhecimento de um direito ao reagrupamento familiar, esse critério atua na determinação da própria *existência de ingerência*, e não na determinação da *necessidade da ingerência*. O que, na prática, equivale a dizer que intervém no que toca ao *reconhecimento do direito em si*. De facto, de acordo com a jurisprudência do TEDH, só há direito ao reagrupamento familiar se não existir outro local onde a vida familiar se possa desenrolar. Assim, o direito ao reagrupamento familiar configura-se como um direito de *ultima ratio*.

A utilização deste critério nos casos de entrada mostra-se, assim, mais prejudicial aos interesses do recorrente, já que nesses casos parte da família ainda se encontra no país de origem, pelo que se revela mais difícil demonstrar que a mesma não se pode desenvolver nesse país. Nesses casos será, aliás, bastante difícil demonstrar que a família possui mais laços com o país de acolhimento do que com o país de origem<sup>2028</sup>.

Mas o uso deste critério como fator determinante do reconhecimento de um direito derivado de imigração merece críticas mais substanciais. HENRI LABAYLE refere que, através da afirmação deste critério, o TEDH não se preocupa primordialmente em saber se um estrangeiro *tem o direito de levar a cabo uma vida familiar* através da reunião com os membros da

---

<sup>2025</sup> Assim, FRANÇOIS RIGAUX, “L’Immigration...”, p. 720, HÉLÈNE LAMBERT, *The Position of Aliens...*, p. 40.

<sup>2026</sup> Assim, o art. 8.º da CEDH refere-se também à proibição de ingerências arbitrárias *no domicílio*.

<sup>2027</sup> RUTH RUBIO MARIN & RORY O’CONNELL, “The European Convention...”, p. 9.

<sup>2028</sup> No mesmo sentido, HÉLÈNE LAMBERT, *The Position of Aliens...*, p. 41.

família ou através da impossibilidade da sua expulsão do território, mas sim de *verificar se esta vida familiar pode ser levada a cabo noutra local*<sup>2029</sup>. No entanto, neste ponto, as críticas não são unânimes. Assim, por exemplo, CARMEN TIBURCIO considera que, na falta de um direito à imigração, a proteção derivada de um direito a permanecer no país de acolhimento só pode ser reconhecida se se demonstrar ser impossível levar a cabo a vida familiar no país de origem<sup>2030</sup>. Por seu turno, VIRGINE GUIRAUDON justifica esta doutrina como uma forma de manter a aceitabilidade do reconhecimento do direito derivado de imigração por parte dos Estados-Parte<sup>2031</sup>.

Ora, nós consideramos que a doutrina do “local de residência alternativo” não permite uma proteção eficaz do direito à unidade familiar. O reagrupamento familiar é um direito que deriva da proteção concedida à família pelo art. 8.º da CEDH. Ao aceitar a entrada de um estrangeiro no território, o Estado aceitou-o na sua globalidade, com todos os direitos que lhe pertencem, incluindo o de viver em família, e, assim, comprometeu-se a respeitar esses direitos. Ora, são os Estados em cuja jurisdição se encontram os indivíduos em determinado momento que têm de respeitar o direito à unidade familiar, ao invés de procurarem saber se existe outro Estado onde esse direito possa ser exercido<sup>2032</sup>.

A doutrina do “local de residência alternativo” depara ainda com objeções, alicerçadas em princípios morais como os enunciados por JOSEPH CARENS, no sentido de que ninguém deveria ser colocado na posição de ter escolher entre manter a residência (*«home»*) ou a família<sup>2033</sup>. Nesse sentido, alguns autores referem que a simples recusa de reagrupamento familiar, por exemplo, coloca um estrangeiro numa situação de escolha entre a residência e a família, que deveria, só por si, ser sempre considerada uma *ingerência* na vida familiar do estrangeiro<sup>2034</sup>. O Juiz MARTENS escreveu essa mesma ideia no voto de vencido no caso *Gül*: *« dans les cas où un père et une mère ont réussi à obtenir un statut permanent dans un pays et souhaitent que soient réunis à eux les enfants que, provisoirement, ils ont laissés derrière eux dans leur pays d'origine, il est per se déraisonnable, sinon inhumain, de leur donner le choix entre abandonner la situation qu'ils ont acquise dans le pays d'établissement ou renoncer à la compagnie de leurs enfants, qui constitue un élément fondamental de la vie familiale »*. O próprio TEDH já teve ocasião de afirmar que pode ser irrazoável impor a um progenitor a escolha entre abandonar a vida que criou no país de acolhimento ou renunciar à companhia dos seus filhos<sup>2035</sup>. Outros autores referem ainda que é razoável que um imigrante que resida legalmente no território crie legítimas expectativas de que os seus familiares se possam juntar a si<sup>2036</sup>.

É certo que os Estados podem regulamentar o exercício do direito ao reagrupamento familiar, impondo condições para o mesmo, que devem, no entanto, passar o crivo do respeito pelo princípio da proporcionalidade. Também aqui o critério do “local de residência

---

<sup>2029</sup> “L’ article 8 ...”, p. 106. V., ainda do mesmo autor, o já anterior artigo “L’ Éloignement des Étrangers...”, p. 301.

<sup>2030</sup> Cf. *The Human Rights...*, p. 120.

<sup>2031</sup> Cf. *International Human Rights Norms...*, p. 16.

<sup>2032</sup> Assim, também GORAN CVETIC, “Immigration Cases in Strasbourg...”, p. 655 e MILENE NYS, *L’Immigration...*, p. 262.

<sup>2033</sup> JOSEPH CARENS, “Who Should Get In?...”, p. 95.

<sup>2034</sup> MILENE NYS, *L’Immigration...*, p. 259 e, no mesmo sentido, NICHOLAS BLAKE & RAZA HUSAIN, *Immigration, Asylum...*, p. 186.

<sup>2035</sup> Dec. de 09/01/2001, *J.M. c. Holanda*, queixa n.º 38047/97.

<sup>2036</sup> Assim, HÉLÈNE LAMBERT, *The Position of Aliens...*, p. 41.

alternativo” apenas poderá valer enquanto definidor do núcleo essencial do direito, *i.e.*, como aquele mínimo que nunca pode ser restringido.

Mesmo que remetido para o papel de determinador do núcleo essencial, ainda aí o critério do “local de residência alternativo” não deixa de levantar dúvidas, quer no que toca aos casos de expulsão, quer no que toca aos casos de reagrupamento familiar. Desde logo, em algumas situações não deveria considerar-se existir qualquer “local de residência alternativo”. Uma dessas situações verifica-se quando os membros da família possuem a nacionalidade do país de acolhimento. Nesses casos, os familiares são forçados a escolher entre residir no *país da sua nacionalidade* ou seguir o estrangeiro para o país deste, de forma a manter a unidade familiar. Como refere ELSPETH GUILD, há como que uma “penalização” destes por um facto que lhes é alheio, assente num comportamento apenas imputável ao cônjuge ou progenitor<sup>2037</sup>. Por outro lado, a autora refere que o interesse dos membros da família em continuar no país da nacionalidade ou residência raramente é analisado. Como muitas vezes o familiar do expulsando não é parte no processo, o seu interesse em *permanecer no seu próprio país* não é devidamente tido em conta. O mesmo se pode dizer, de resto, se o requerente de reagrupamento familiar possuir a nacionalidade do país para onde requer o reagrupamento dos familiares estrangeiros.

Em suma, o facto de um dos membros da família possuir a nacionalidade do país de acolhimento deveria ser suficiente para, por si só, se considerar não existir qualquer “local de residência alternativo”. É que, nesses casos, a expulsão do estrangeiro, *para não acarretar a quebra da unidade familiar*, implica necessariamente a expulsão consequencial, ainda que indireta, de um cidadão nacional, o que pode contender com a proibição de expulsão nacionais, prevista no art. 3.º, n.º1 do Protocolo n.º4 anexo à CEDH<sup>2038</sup>. Obrigar um nacional a sair do seu país para poder gozar do direito à vida familiar contende, necessariamente com os direitos citados, interpretados à luz do princípio da efetividade dos direitos<sup>2039</sup>.

No passado, porém, este argumento já foi invocado, sem sucesso, perante a ComEDH. No caso *Maikoe e Baboelal*, uma nacional do Suriname foi expulsa da Holanda, onde era casada com um holandês e onde tinha uma filha holandesa. Os recorrentes invocaram, precisamente, que a expulsão, para não acarretar a violação da unidade familiar, implicaria que os cidadãos holandeses seguissem a estrangeira para o país de origem desta, o que implicaria uma violação do direito dos mesmos não serem expulsos do próprio país. A ComEDH observou simplesmente que não tinha sido emitida qualquer ordem de expulsão contra os nacionais, pelo que a queixa era improcedente<sup>2040</sup>.

---

<sup>2037</sup> ELSPETH GUILD, *The Legal Elements...*, p. 141. A autora refere ainda que se trata de uma “punição” que não ocorre em relação às pessoas com familiares com a nacionalidade do país de acolhimento, pelo que tal critério acaba por propiciar uma discriminação entre casais da mesma nacionalidade e casais de nacionalidade mista. No mesmo sentido, v. CYNTHIA ANDERFUHREN-WAYNE, “Family Unity in Immigration...”, p. 361. O mesmo se diga, de resto, de uma discriminação baseada na ascendência, entre crianças cujos pais são estrangeiros e crianças cujos pais têm a nacionalidade do país de acolhimento. Assim, JACQUELINE BHABHA, “The «Mere Fortuity of Birth»?...” p. 219.

<sup>2038</sup> No mesmo sentido, CARMEN TIBURCIO, *The Human Rights...*, p. 125.

<sup>2039</sup> Assim, GORAN CVETIC, “Immigration Cases in Strasbourg...”, p. 650.

<sup>2040</sup> Dec. de 30/11/1994, *Maikoe e Baboelal c. Holanda*, queixa n.º 22791/93. V., ainda, em sentido semelhante, a dec. do TEDH de 09/11/1999, *Schober c. Áustria*, queixa n.º 34891/97. No caso, um cidadão austríaco invocava que a expulsão da sua mulher, de nacionalidade eslovaca, da Áustria, ou levaria à rutura do casamento, ou à sua própria expulsão indireta. Mais alegou violação da liberdade de escolha de residência dentro do país (art. 2.º do Protocolo n.º 4). O TEDH não excluiu expressamente a possibilidade de violação da proibição de expulsão de

Por outro lado, este critério leva também a soluções paradoxais. De facto, como sublinha INES ARRIAGA IRABURU, pode levar a uma maior proteção das famílias compostas por divorciados do que das famílias de pessoas casadas, já que, no primeiro caso, para se assegurar o direito de os filhos contactarem com ambos os pais, é mais fácil demonstrar que um deles não pode ser expulso. E assim é porque, ao outro progenitor, não é exigível que siga o estrangeiro para o país de origem, pelo facto de ser divorciado dele. Assim, a melhor forma para o filho poder ter contacto com ambos os progenitores é garantir residência no país de acolhimento<sup>2041</sup>.

Por fim, trata-se de um critério baseado em meras hipóteses<sup>2042</sup>. De facto, como pode o TEDH antever, com segurança, a possibilidade futura de a vida familiar se desenrolar no país de origem? E como pode o TEDH garantir, nos casos em que os membros da família não possuem a nacionalidade do país de origem do familiar que visam seguir, que esse Estado está disposto a receber esses familiares, estrangeiros no seu território?<sup>2043</sup> Assim, o critério do “local de residência alternativo” não deixa de ser uma simples hipótese, pelo que não devia constituir o principal critério de decisão do TEDH.

#### ***d) Crítica ao uso de alguns fatores de decisão***

Para além das críticas que nos merece a teoria do “local de residência alternativo”, analisaremos ainda alguns fatores tidos em conta pelo TEDH para aferir da realização de um justo equilíbrio entre os direitos do indivíduo e os interesses legítimos que o Estado visa prosseguir, e que, também eles, nos parecem criticáveis.

Desde logo, cabe referir do uso, por vezes abstrato e estático, dos critérios que foram enumerados, e que muitas vezes são utilizados e ponderados de forma automática e tabelar, como ficou patente em alguns dos casos atrás referidos. HENRI LABAYLE refere, neste contexto, que tais critérios não permitem uma avaliação objetiva da situação individual dos estrangeiros e que conduzem inevitavelmente a hierarquizar ou privilegiar um ou outro fator de acordo com as conceções pessoais predominantes da composição judicial do momento<sup>2044</sup>. Para além desta crítica, referente à forma de uso dos fatores de decisão, outras críticas referentes agora a alguns fatores de ponderação específicos podem ser asseveradas.

---

nacionais, mas centrou o seu raciocínio no facto de a liberdade de escolha de residência ser sujeita a limitações, as quais, no caso, eram admissíveis.

<sup>2041</sup> INES ARRIAGA IRABURU, *El Derecho a la Vida Familiar...*, p. 128. A autora refere inclusivamente que este facto pode levar ao surgimento de uma figura peculiar, que chama «os divórcios de conveniência». Um bom exemplo é dado pelo confronto já feito entre a dec. no caso *Udeb c. Suíça*, em que o TEDH considerou que a expulsão de um cidadão nigeriano, divorciado de uma cidadã suíça e com filhos de dupla nacionalidade, residentes com a mãe, violava o art. 8.º, e a decisão no caso *Kissina Koffi*, em que, apesar de a recorrente ser casada com um cidadão com quem tinha um filho em comum, o TEDH considerou que a sua expulsão justificava a medida de expulsão. Note-se que a pena na qual a recorrente fora condenada era mais curta que a anterior. Para além disso, alguns autores invocam ainda que, dentro das famílias divorciadas, se protege mais o progenitor que não é titular da guarda, desde que mantenha contacto regular com o filho. Assim, PIETER BOELES, MAARTEN DEN HEIJER, GERRIE LODDER & KEES WOUTERS, *European Migration Law...*, p. 212. Estes autores referem que, uma vez que, em regra, a guarda pertence às mães, estas acabam por estar numa posição mais desvantajosa que os pais.

<sup>2042</sup> No mesmo sentido, FRANÇOIS RIGAUX, “L’Immigration...”, p. 721.

<sup>2043</sup> Esta mesma questão é, e resto, levantada pelo TEDH no caso *Mehemi*.

<sup>2044</sup> HENRI LABAYLE, “Le droit des étrangers au regroupement familial...”, p. 114.

*i) Valorização dos laços com o país de origem*

O facto de o TEDH tomar em consideração os laços com o país de origem como um fator que pesa em desfavor do recorrente, por poder demonstrar que, de facto, o estrangeiro pode levar a cabo a vida familiar num “local de residência alternativo”, não merece a nossa concordância. Esta tendência acentuou-se a partir de 1996, data do Ac. *Boughanemi*.

As críticas apontam num duplo sentido. Por um lado, alguns autores referem que o TEDH toma em consideração dados que são tidos de forma absoluta, como elementos de prova inelutáveis de manutenção evidente de ligações com o país natal<sup>2045</sup>. De facto, muitos dos fatores mencionados nos arestos não revestem peso suficiente para se considerar que os recorrentes podem constituir o seu lar nesses países, como o facto de os estrangeiros falarem a língua do mesmo, de aí manterem laços familiares ou de aí viajarem esporadicamente nas férias. Esse critério é levado às últimas consequências. Por exemplo, no recente caso *Samsonnikov*, o TEDH considerou que a frequência de curso de língua russa era um fator favorável à integração na Rússia de um nacional que nunca tinha ido ao país e possuía todas as suas ligações pessoais e familiares na Estónia. No caso *Shala* foi ainda considerado como um fator revelador da ligação com o país de origem o facto de a recorrente ter contraído casamento no território mesmo, não obstante ter desenvolvido toda a vida familiar no país de acolhimento<sup>2046</sup>.

Mas, de forma mais basilar, afigura-se criticável por princípio a tomada em consideração dos laços com o país de origem como um critério que funciona em sentido desfavorável ao recorrente. Cada laço que o estrangeiro possua com o país de origem pesa em desfavor da proteção concedida pelo art. 8.º da CEDH. De facto, o TEDH quase parece exigir que os estrangeiros tenham de repudiar as suas raízes para que a sua vida familiar no território de acolhimento seja protegida<sup>2047</sup>. ANUSCHEH FARAHAT discorre longamente sobre esta questão<sup>2048</sup>. A autora refere que a jurisprudência do TEDH não tem em consideração a realidade das migrações internacionais contemporâneas, em que os indivíduos mantêm laços sociais e culturais com uma pluralidade de países. O TEDH parece privilegiar laços estáticos e exclusivos apenas com o país de acolhimento. Ora, a criação de laços com o país de acolhimento não pressupõe necessariamente que o estrangeiro enfraqueça, na mesma medida, os laços com o país de origem. Os laços familiares no país de acolhimento podem ser constituídos independentemente da manutenção de laços no país de origem<sup>2049</sup>. O mesmo se diga dos laços sociais, que relevarão para efeitos de proteção da vida privada, como se verá mais à frente. A tomada em consideração deste critério mais não é que uma decorrência da aceitação da teoria do “local de residência alternativo” - o TEDH valoriza, e até maximiza, os laços com o país de origem de forma a demonstrar que esse país cumpre as funções desse local alternativo.

---

<sup>2045</sup> MICHEL LEVINET, “La Cour Européenne...”, p. 306.

<sup>2046</sup> Dec. de 15/11/2012, *Shala c. Suíça*, queixa n.º 52873/09.

<sup>2047</sup> HENRI LABAYLE, “L’article 8...”, p. 307.

<sup>2048</sup> ANUSCHEH FARAHAT, “The Exclusiveness of Inclusion...”, p. 255.

<sup>2049</sup> *Idem*, p. 261.

*ii) Desconsideração da situação dos membros da família*

Por outro lado, em alguns casos o TEDH apenas perspetiva os laços com os territórios de acolhimento e de origem do ponto de vista do recorrente, tendo pouca atenção às relações que os membros da família possam ter com esses territórios<sup>2050</sup>. Se os membros da família não forem, também eles, recorrentes, o TEDH não perspetiva o caso do ponto de vista destes. Ora, os membros da família deveriam ser sempre considerados vítimas indiretas nos casos de violação do art. 8.<sup>o</sup><sup>2051</sup>. De facto, nos casos de expulsão, são estes que ficam com o dilema entre seguir o familiar expulso ou permanecer no local de residência, com o qual podem possuir laços sociais e culturais exclusivos, senão mesmo a nacionalidade.

A perspetiva determinante para se aferir sobre se o respeito pela vida familiar foi violado deveria ser a família como um todo, e não apenas um dos membros dessa família<sup>2052</sup>. Neste ponto, quando está em causa um menor, o seu interesse superior deveria inclusivamente ser tido como critério determinante<sup>2053</sup>. Ora, o interesse primacial do mesmo pode ditar a necessidade de residência no território, já que essa residência determinará, por exemplo, o tipo e qualidade da educação ou de cuidados de saúde a que o mesmo poderá ter acesso, bem como as suas oportunidades de futuro.

*iii) Proteção exclusiva da vida familiar pré-existente*

Por outro lado, é ainda alvo de críticas o facto de a jurisprudência do TEDH apenas conceder proteção à vida familiar pré-existente. Esse entendimento decorre da consideração de que o art. 8.<sup>o</sup> apenas protege a vida familiar constituída, e não o simples desejo de a formar<sup>2054</sup>. STEVE PEERS é um dos autores que critica este entendimento. O autor refere que, consagrando a CEDH o respeito pela vida familiar, bem como o direito a casar e constituir família (art. 12.<sup>o</sup>), se deveria daí inferir a obrigação de o Estado aceitar as decisões privadas das famílias no que toca ao local onde levar a cabo essa vida familiar, em particular quando em causa estejam nacionais ou residentes de longa duração de um Estado-Parte<sup>2055</sup>. Concordamos em parte com o autor. Consideramos que, quando um Estado aceita receber no seu território um estrangeiro, assume, por força do princípio da universalidade, a obrigação de respeitar todos os direitos fundamentais de que este goza. No entanto, não consideramos que a proteção de uma família ainda não constituída derive do art. 8.<sup>o</sup>, mas sim do art. 12.<sup>o</sup> da CEDH. Assim, também RYSZARD CHOLEWINSKI defendeu, num estudo publicado em 1994, que o art. 12.<sup>o</sup> deveria proteger o direito de entrada de noivos no

---

<sup>2050</sup> Nesse sentido, CYNTHIA ANDERFUHREN-WAYNE, “Family Unity in Immigration...”, p. 367, SYLVIE SAROLÉA, “L’enfant et le regroupement...”, p. 193, BETTY DE HART, “Love Thy Neighbour...”, p. 244.

<sup>2051</sup> INES ARRIAGA IRABURU, *El Derecho a la Vida Familiar...*, p. 35.

<sup>2052</sup> CYNTHIA ANDERFUHREN-WAYNE, “Family Unity in Immigration...”, p. 382.

<sup>2053</sup> Esta consideração estaria de acordo com a recomendação Rec (2002) 4 do Comité de Ministros de 26 de março de 2002, sobre o estatuto jurídico das pessoas admitidas para reagrupamento familiar, que exorta os Estados-Membros a ter como critério prevalecente o interesse superior da criança. Sobre a desconsideração do menor nacional neste ponto, v. JACQUELINE BHABHA, “The «Mere Fortuity of Birth»?...”, p. 190.

<sup>2054</sup> Assim, ADELINE GOUTTENNOIR, “Les Droits et Obligations...”, p. 78.

<sup>2055</sup> Cf. “Family Reunion...”, p. 195.

território (e de permanência no mesmo), se se demonstrasse que a vida familiar não poderia ser levada a cabo noutro local<sup>2056</sup>.

Não obstante, quando estão em causa, em geral, casos em matéria familiar, os órgãos de garantia da CEDH situam a análise no âmbito da violação do art. 8.º da CEDH. Assim, não têm concedido proteção à família pela via do direito a casar e fundar família, protegido pelo art. 12.º da CEDH.

Note-se, no entanto, que as queixas relativas à recusa da entrada de um noivo ou noiva no país para contrair casamento são relativamente raras no sistema da CEDH<sup>2057</sup>. HUGO STOREY relata o caso de um imigrante egípcio que foi detido no Reino Unido, momentos antes do seu casamento, devido à sua permanência ilegal no território<sup>2058</sup>. A ComEDH considerou não ter havido violação do direito a casar, conjugado com o art. 5.º da CEDH, uma vez que o imigrante foi libertado nove dias depois, na sequência de obtenção de autorização de residência, podendo oficializar depois o casamento. O autor refere que a ComEDH deixou a porta aberta para se poder reconhecer a existência de uma violação na CEDH em casos em que a detenção se prolongasse por mais tempo.

No entanto, quando se trata de família ainda não formada, os órgãos de garantia da CEDH têm defendido que o casal pode casar e estabelecer a sua vida conjunta noutro local<sup>2059</sup>. Assim, os casos relativos ao exercício do art. 12.º estão ainda mais condicionados pela doutrina do local de residência alternativo<sup>2060</sup>.

No nosso entender, o direito consagrado no art. 12.º poderia também servir de base para a afirmação de um direito derivado de imigração, desde que se demonstre que a entrada ou permanência no território são necessários para a constituição de família. Esse poderá ser o caso, *v.g.*, do casamento entre um estrangeiro e um nacional, que não deve ser obrigado a sair do seu país para contrair casamento. O mesmo se diga de uma situação que envolva dois estrangeiros, mas em que um tenha o direito a permanecer no território, por, por exemplo, não poder ser expulso por correr o risco de sujeição a tratamentos contrários ao art. 3.º da CEDH, ou se encontrar impedido de sair do mesmo, *v.g.*, devido à aplicação de medida de coação.

### ***e) Um crivo incompleto***

Por fim, resta-nos referir que a análise do respeito pelo princípio da necessidade é incompleta. Um *crivo completo*, alicerçado no princípio da necessidade, pressuporia que se controlasse se a medida estadual é adequada, se se justifica face ao fim visado, e se haveria outra medida menos grave do que a expulsão (ou recusa de entrada) que salvaguardasse os interesses públicos visados<sup>2061</sup>. Esse aspeto é particularmente importante quer quando está

---

<sup>2056</sup> RICHARD CHOLEWINSKI, “The Protection of the Right of Economic...”, p. 589.

<sup>2057</sup> AGÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA PARA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS & CONSELHO DA EUROPA, *Manual de Legislação Europeia...*, p. 127.

<sup>2058</sup> *Sharara Rhina c. Netherlands*, queixa n.º 10915/84, citado por HUGO STOREY, “The Right to Family Life ...”, p. 341.

<sup>2059</sup> Dec. de 12/07/1976, *X. c. Alemanha*, queixa n.º 7175/75.

<sup>2060</sup> Assim, também, HUGO STOREY, “The Right to Family Life ...”, p. 472.

<sup>2061</sup> Assim, também, PIERRE-FRANÇOIS DOCQUIR, “Droit à la Vie Privée...”, p. 949 e SYLVIE SAROLÉA, *Droits de l’Homme...*, p. 429,.

em causa a salvaguarda da ordem pública (uma vez que, no que respeita aos nacionais, são consideradas suficiente para a salvaguarda da ordem pública medidas que se impõem na ordem interna), quer ainda no que respeita à salvaguarda do bem-estar económico do país, já que os Estados não se preocupam em demonstrar que a presença do estrangeiro no território seja relevante ou prejudicial a esse bem-estar<sup>2062</sup>. No entanto, o TEDH não leva a cabo essa análise, limitando-se a controlar o respeito pelo princípio da proporcionalidade em sentido estrito (*balancing*) entre os dois interesses em conflito. Os demais subprincípios relativos ao princípio da proporcionalidade não são analisados.

### ***f) Tratamento diferenciado das obrigações positivas e negativas***

A jurisprudência do TEDH tem oferecido mais proteção ao estrangeiro que veja a sua vida familiar afetada por uma medida de expulsão, por sujeitá-la à ponderação entre os interesses privados e públicos em presença à luz do n.º2 do art. 8.º. Já diferente é a segurança oferecida nos casos em que um estrangeiro pretende o reagrupamento familiar, tratados como casos de obrigações positivas. Nestes últimos, o TEDH procede a uma ponderação mais ténue entre a vida familiar do recorrente e os interesses estaduais do que a realizada em sede de obrigações negativas. Ora, a falta de análise dos casos de entrada no território à luz do n.º2 do art. 8.º é desfavorável aos interesses do estrangeiro, já que esse normativo apenas considera como justificativos de ingerência os motivos aí enumerados, e mesmo quanto a estes, procede ao controlo da medida através do princípio da proporcionalidade<sup>2063</sup>. Por outro lado, não chega a averiguar qual o interesse estadual concreto que exige a recusa de entrada do estrangeiro no território<sup>2064</sup>. Atente-se, por exemplo, no caso *Abmut*. Caso houvesse ponderado aquela norma, seria provável que o TEDH considerasse que a recusa de reagrupamento do filho menor, órfão de mãe, fosse desproporcional face ao interesse que se pretendia proteger - que, na falta de perigo para a ordem ou segurança pública, se limitaria apenas ao interesse do controlo da imigração, tendo como expressão no n.º2 do art. 8.º da CEDH o bem-estar económico do país<sup>2065</sup>.

A diferente abordagem entre obrigações positivas e negativas tem-se justificado com a especial natureza das primeiras<sup>2066</sup>. Tem-se afirmado que as obrigações positivas implicam uma extensão das obrigações das partes contratantes, pelo que, na análise destas, se deve tomar primordialmente em consideração os interesses estaduais, enquanto nos casos de obrigações negativas deverá ser o Estado a demonstrar uma necessidade estadual para

---

<sup>2062</sup> Neste ponto, INES ARRIAGA IRABURU defende que, no contexto do reagrupamento familiar, deveria valer uma presunção oposta, *i.e.*, que a entrada de familiares contribui para favorecer o bem-estar económico. Cf. *El Derecho a la Vida Familiar...*, p. 268.

<sup>2063</sup> ANA RITA GIL, “Um Caso de Europeização...”, p. 20. Essa foi, de resto, a opinião dos Juízes THÖR VILHJÁLMSÖN e BERNHARDT no Ac. *Abdulaziz*, em que não se procedeu a uma análise da medida à luz do n.º2 do art. 8.º (em causa estavam normas que poderiam não passar pelo escrutínio do n.º 2, já que o seu valor legislativo era duvidoso), bem como do Juiz MARTENS no Ac. *Gül*, que referiu que, a ter-se realizado o controlo da medida pelo art. 8.º, n.º2, ter-se-ia concluído não ser a ingerência proporcional, uma vez que o interesse do Estado em controlar a imigração deveria pesar menos que o direito fundamental à vida familiar.

<sup>2064</sup> SYLVIE SAROLÉA, *Droits de l'Homme...*, p. 397.

<sup>2065</sup> No mesmo sentido, HÉLÈNE LAMBERT, “The European Court...”, p. 442.

<sup>2066</sup> No sentido de que o TEDH não providencia qualquer razão adequada para esta distinção, v. HÉLÈNE LAMBERT, *The Position of Aliens...*, p. 41.



justificar a ingerência<sup>2067</sup>. Essa consideração leva a que, em matéria de obrigações positivas no contexto de imigração haja uma dupla atenuação do controlo judicial. Por um lado, essa atenuação resulta do facto de, em geral, se considerar que os Estados gozam de uma margem de apreciação mais ampla no que toca ao controlo do respeito por obrigações positivas, já que lhes cabe escolher os meios através dos quais podem alcançar os resultados exigidos pela CEDH<sup>2068</sup>. Por outro lado, a atenuação do controlo neste contexto decorre ainda da consideração geral de que a simples natureza da matéria relativa ao controlo da imigração confere aos Estados uma margem de apreciação ampla. Só que enquanto nas obrigações negativas a doutrina da margem de apreciação apenas intervém na análise do respeito pelo princípio da proporcionalidade, nas obrigações positivas intervém na determinação da própria existência do direito<sup>2069</sup>.

Outros autores justificam a distinta abordagem com a diferente perspetiva com que o princípio da proporcionalidade preside ao reconhecimento de cada uma das obrigações mencionadas: nas obrigações positivas, o referido princípio não se destinaria a verificar se os sacrifícios impostos ao direito individual são excessivos face aos interesses gerais, mas sim se as obrigações postas ao Estado são demasiado pesadas face ao interesse individual a proteger<sup>2070</sup>. Outros autores referem ainda que o n.º 2 do art. 8.º apenas diz respeito ao exercício dos direitos, pelo que não faz sentido analisá-lo quando pura e simplesmente o estrangeiro não beneficia *prima facie* do direito previsto no n.º 1<sup>2071</sup>. Ainda neste seguimento, ELSPETH GUILD, embora critique a distinção, refere ser possível diferenciar um caso em que se pretende proteger um direito de residência já atribuído pelo Estado e em que este, subsequentemente, pretende expulsar o beneficiário, das situações em que o Estado ainda não aceitou ou não chegou a aceitar a presença dos familiares estrangeiros no território. No primeiro caso, o Estado aceitou voluntariamente o estrangeiro, exercendo o seu *ius includendi*, enquanto no segundo caso não o chegou a exercer<sup>2072</sup>. No entanto, a autora refere que esta distinção mais não é que uma «*legal nicety*», que não deveria ser determinante no que toca à proteção efetiva da vida familiar. Por outro lado, acrescentamos nós, mesmo nos casos de reagrupamento familiar, quando o mesmo é pedido por um estrangeiro residente num território, o Estado já aceitou a presença desse estrangeiro e, por isso, comprometeu-se a respeitar todos os direitos humanos de que este beneficia por força do princípio da universalidade e da não discriminação, incluindo o direito à unidade familiar.

Ora, a distinção de tratamento entre as obrigações positivas e as obrigações negativas levanta inúmeras questões. Em primeiro lugar, em domínios estranhos à imigração, tal distinção não se reflete na *própria metodologia decisória*, procedendo o TEDH sempre a uma análise da proporcionalidade da ingerência com base no n.º<sup>2073</sup>.

Podemos ainda invocar várias objeções de ordem pragmática, pois a distinção entre os dois tipos de obrigações é difícil de se fazer na prática. O próprio TEDH já admitiu essa

---

<sup>2067</sup> P. VAN DIJK, “Protection of «Integrated» Aliens...”, p. 31.

<sup>2068</sup> Sobre este ponto v., em geral, VITALINO ESPOSITO, “La Liberté des États dans le choix des moyens...”, p. 823 e ss.

<sup>2069</sup> SYLVIE SAROLÉA, *Droits de l’Homme...*, p. 402.

<sup>2070</sup> FREDERIC SUDRE, “La «Construction» par le Juge Européen...”, p. 49.

<sup>2071</sup> CARLO RUSSO, “Article 8...”, p. 328.

<sup>2072</sup> ELSPETH GUILD, *The Legal Elements...*, p. 142. V., ainda, no mesmo sentido, MILÈNE NYS, *L’Immigration...*, p. 261.

<sup>2073</sup> Para uma análise comparativa detalhada, v. SYLVIE SAROLEA, *Droits de l’Homme...*, p. 315 e ss.

dificuldade<sup>2074</sup>, pelo que a mesma não deveria dar origem a raciocínios distintos<sup>2075</sup>. De facto, a consequência do desrespeito dos dois tipos de obrigações é a mesma – o estrangeiro é afastado para o seu país de origem<sup>2076</sup>.

Por outro lado, na perspectiva do indivíduo, trata-se em ambos os casos da proteção da unidade familiar. O *direito-fim* é o mesmo, sendo apenas distinto o meio para o alcançar. Uma negação de pedido de reagrupamento familiar de um membro da família que já se encontre no território tem os mesmos efeitos práticos que uma decisão de expulsão. Mas mesmo que os membros da família ainda se encontrem no território de origem, o indeferimento de um pedido de reagrupamento familiar pode traduzir-se numa pressão de facto para os estrangeiros abandonarem o território, para poderem prosseguir a vida familiar no país de origem<sup>2077</sup>. Assim, as consequências de ambas as decisões na perspectiva do indivíduo afetado, ou mesmo na família, não justificam a diferenciação de tratamento entre obrigações positivas e negativas.

Não obstante, apesar de esta ser uma distinção dificilmente compreensível, a verdade é que, de uma forma ou de outra, o TEDH afirma sempre que as medidas estaduais em matéria de imigração têm de ser ponderadas com o respeito que os Estados devem ao art. 8.º da CEDH. Assim, apesar de o TEDH levar a cabo essa ponderação de forma mais tímida nos casos de obrigações positivas, ela é, ainda aí, o seu verdadeiro *modus decidendi*<sup>2078</sup>. Deste modo, o grande contributo da jurisprudência do TEDH neste contexto foi o de afirmar que todas as decisões em matéria de imigração devem satisfazer as exigências de realização de um equilíbrio justo entre os interesses públicos e privados em presença, quando em causa está a unidade familiar dos estrangeiros<sup>2079</sup>.

### 2.3. OUTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Para além da importante jurisprudência do TEDH no que toca à proteção de direitos de imigração pela via do art. 8.º da CEDH – que, apesar das críticas avançadas constitui, apesar

---

<sup>2074</sup> Cf. casos *Gül*, *Ahmut*, *Ciliz*.

<sup>2075</sup> De facto, alguns casos em que o TEDH considerou tratar-se de obrigações positivas aproximam-se muito na sua configuração de casos respeitantes a obrigações negativas. Tomemos como exemplo o já referido caso *Rodrigues da Silva*, em que estava em causa a recusa de emissão de uma autorização de residência a uma cidadã brasileira ilegalmente residente na Holanda e mãe de uma menor. O TEDH analisou o caso à luz da teoria das obrigações positivas, procurando saber se as autoridades holandesas tinham a obrigação de emitir um título de residência à recorrente. Já diferente foi a abordagem no caso *Berrehab*, em que estava em causa a recusa de renovação de um visto após o divórcio de um estrangeiro, o que implicaria a sua saída do país de acolhimento e consequente separação da filha. Nesta última situação, o TEDH já considerou estar perante uma obrigação negativa, tendo-a analisado, assim, à luz do n.º2 do art. 8.º. A similitude dos casos é notória, já que em ambos a decisão recorrida implicaria a saída dos recorrentes do território. No entanto, não foi o suficiente para se terem usado iguais critérios de decisão. Alguns autores referem, neste seguimento, que a escolha do TEDH acerca do tipo de análise que vai levar a cabo se apresenta arbitrária. V. MARTINE DENIS-LINTON, “L’extension...”, p. 543, CARLO RUSSO, “Article 8...”, p. 330, FREDERIC SUDRE, “La «Construction» par le Juge Européen...”, p. 46, JENS VEDSTED-HANSEN, “Migration and the Right...”, p. 705.

<sup>2076</sup> Nesse sentido, também HÉLÈNE LAMBERT, “The European Court...”, p. 442.

<sup>2077</sup> Assim, JENS VEDSTED-HANSEN, “Migration and the Right...”, p. 706.

<sup>2078</sup> Nesse sentido, o nosso “Um Caso de Europeização...”, p. 23.

<sup>2079</sup> Assim, também, MILÈNE NYS, *L’Immigration...*, p. 105.

de tudo, um dos exemplos mais eficazes de reconhecimento de direitos derivados de imigração por força da proteção do direito à unidade familiar<sup>2080</sup> -, são ainda vários os outros instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, quer gerais, quer especificamente destinados à salvaguarda dos direitos dos estrangeiros, que consagram a existência de um direito à unidade familiar dos seus destinatários. Os últimos fazem-no, em regra, através da proteção do reagrupamento familiar que, como se viu, é uma das vias de garantia do direito à unidade familiar. Afigura-se útil, assim, analisar alguns desses instrumentos, que têm também contribuído para uma afirmação paulatina de direitos derivados de imigração por força da proteção da unidade familiar do estrangeiro. Começaremos pelos instrumentos de âmbito universal e terminaremos nos instrumentos de âmbito regional, fazendo breves referências quer a instrumentos gerais de proteção dos direitos humanos, quer a instrumentos de proteção específica de direitos dos estrangeiros.

### 2.3.1. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos

No contexto das NU, cabe mencionar o PIDCP. Também este instrumento tem servido para proteger estrangeiros em circunstâncias de entrada ou expulsão do território de acolhimento quando está em causa a sua vida familiar.

#### *a) Normas relevantes do PIDCP sobre a proteção da família*

O art. 17.º do PIDCP, que retomou o art. 12.º da DUDH, proíbe quaisquer intervenções arbitrárias ou ilegais na vida privada e na família. Por seu turno, o art. 23.º protege *a família* enquanto elemento natural e fundamental da sociedade<sup>2081</sup>.

O Comité dos Direitos Humanos considera que o conceito de “família” abrange todas as pessoas que compõem o grupo, tal como o mesmo é compreendido na sociedade do Estado-Parte em causa<sup>2082</sup>. No entanto, isso não significa que o Estado possa determinar livremente o conceito de família. De facto, o Comité já teve ocasião de afirmar que o conceito de “família” constante do art. 23.º não designa apenas o núcleo conjugal resultante do casamento, especialmente quando existe prática de celebração de casamentos costumeiros<sup>2083</sup>. Por outro lado, referiu que abrangia sempre as relações entre pais e filhos<sup>2084</sup>. Mas, de forma mais alargada referiu que as tradições culturais deviam ser tidas em conta para efeitos de definição do termo “família”. Neste sentido, o Comité concede proteção a diversos conceitos de família, como a família alargada, casais de facto e respetivos

---

<sup>2080</sup> HENRI LABAYLE, “Le droit des étrangers au regroupement familial...”, p. 103.

<sup>2081</sup> Sobre a proteção do direito à família no PIDCP v. LUDOVIC HENNEBEL, *La Jurisprudence...*, p. 243 e ss.

<sup>2082</sup> Comentário Geral n.º 16, *The right to respect of privacy, family, home and correspondence, and protection of honour and reputation*, de 28/09/1988. V., ainda, a dec. de 16/07/2004, *Benjamin Ngambi c. França*, comunicação n.º 1179/2003.

<sup>2083</sup> Assim, a dec. de 16/07/2004, *Benjamin Ngambi c. França*, cit.

<sup>2084</sup> À semelhança do TEDH, o Comité dos Direitos Humanos considera que o laço existente entre pais e filhos é um laço familiar que é criado pelo simples facto do nascimento e que a dissolução do casamento por divórcio não dissolve o laço que une os progenitores aos filhos. Assim, a dec. de 29/07/94, *Balaguer Santacana c. Espanha*, queixa n.º 417/1990.

filhos, ou pais solteiros e respetivos filhos<sup>2085</sup>. O Comité tem em conta a existência de certas condições mínimas, necessárias para se poder falar da existência de família, como a vida comum, existência de laços económicos e uma relação regular e intensa<sup>2086</sup>. Para além disso, após algumas primeiras decisões de que parecia resultar o contrário<sup>2087</sup>, afirmou que a vida familiar não era desmantelada devido a separação geográfica<sup>2088</sup>. Nas decisões mais recentes, o Comité continua a afirmar que o conceito de família deve ser amplamente entendido<sup>2089</sup>.

### **b) A afirmação do *ius includendi et excludendi* e da proteção da vida familiar**

No Comentário Geral n.º 16, o Comité dos Direitos Humanos afirma que o art. 17.º pressupõe a possibilidade de a família viver junta, o que implica a adoção de medidas apropriadas para assegurar a unidade ou reunificação das famílias. Esta norma, juntamente com o art. 23.º, tem constituído a base para o reconhecimento derivado de direitos de imigração por força da proteção da unidade familiar.

Tal proteção derivada fora já afirmada no Comentário Geral n.º 15 ao Pacto em que, após se afirmar que o mesmo «*does not recognise the rights of aliens to enter or reside in the territory of a State party*», se lembrou que: «*it is in principle a matter for the State to decide who will admit in its territory*», dando-se de seguida acolhimento à ideia de proteção derivada nos seguintes termos: «*however, in certain circumstances an alien may enjoy the protection of the Covenant even in relation to entry or residence, for example when considerations of non-discrimination, prohibition of inhuman treatment and respect for family life arises*». Assim, o esquema de raciocínio é muito semelhante ao que pauta as decisões do TEDH: o Comité reconhece, por princípio, o *ius includendi et excludendi*, mas admite que esse poder de soberania possa ser limitado para a salvaguarda de direitos previstos no Pacto. Um deles será o direito à vida familiar.

Assim, no caso *Bakhtiyari c. Austrália*<sup>2090</sup>, o Comité afirmou que o facto de se separar um cônjuge que residia legalmente num Estado da esposa e filhos que aí pretendiam ingressar podia «levantar questões» respeitantes aos arts 17.º e 23.º do PIDCP. O mesmo entendimento foi seguido no já citado caso *Benjamin Ngambi c. França*, em que o Comité afirmou que o art. 23.º do PIDCP abrangia o «interesse ao reagrupamento familiar»<sup>2091</sup>.

---

<sup>2085</sup> No caso *Hopu e Bessert c. Espanha*, os requerentes alegavam que a relação com os seus ascendentes constituía um elemento essencial da sua identidade (no que toca em particular à sua história e cultura) e tinham um papel importante na sua vida familiar. O Comité considerou, assim, que o laço que os unia a esses ascendentes constituía “vida familiar”. Cf. dec. de 01/08/1997, *Hopu e Bessert c. Espanha*, comunicação n.º 549/1993. Note-se que a decisão teve três votos de vencido, de membros do Comité que consideraram que, embora o termo “família” pudesse ser interpretado de forma diferente em diferentes sociedades, não incluía todos os membros do grupo étnico ou cultural.

<sup>2086</sup> Dec. de 29/07/94, *Balaguer Santacana c. Espanha*, cit. V., para mais desenvolvimentos, NIHAL JAYAWICKRAMA, *The Judicial Application...*, p. 766.

<sup>2087</sup> Assim, a Dec. de 31/03/1981, *A.S. c. Canadá*, comunicação n.º 68/1980. Nesse caso, o Comité dos Direitos Humanos considerou que, após 17 anos de separação, já não existia “vida familiar” entre uma mãe e filha, num caso em que a primeira pediu o reagrupamento da segunda, e respetivos filhos, no Canadá.

<sup>2088</sup> Assim, a dec. de 16/07/2004, *Benjamin Ngambi c. França*, cit.

<sup>2089</sup> Dec. de 21/07/2011, *Warsame c. Canadá*, comunicação n.º 1959/2010.

<sup>2090</sup> Dec. de 06/11/2003, *Bakhtiyari c. Austrália*, comunicação n.º 1069/2002.

<sup>2091</sup> «*Article 23 of the Covenant guarantees the protection of family life including the interest in family reunification*».

Assim, alguns autores referem que o Comité reconhece um direito ao reagrupamento familiar por força das normas ínsitas no Pacto<sup>2092</sup>.

Por outro lado, tal como o art. 8.º da CEDH, também a proteção da unidade familiar consagrada no Pacto pode sofrer restrições ou limitações. Nesse sentido, o Comentário n.º 16 refere que as ingerências na vida familiar não são proibidas *a se* pelo art. 17.º do PIDCP, desde que não sejam nem ilegais nem arbitrárias.

No mesmo sentido, o Comité dos Direitos Humanos tem vindo a aplicar o art. 17.º, bem como o art. 23.º no âmbito dos procedimentos destinados a analisar queixas individuais em que está precisamente em causa a unidade familiar de estrangeiros. De uma forma geral, tem reconhecido uma ampla margem de apreciação aos Estados nesta matéria<sup>2093</sup>. São alguns casos que ilustram a jurisprudência do Comité neste contexto que analisaremos de seguida.

### **c) Decisões**

O Comité dos Direitos Humanos já teve ocasião de decidir da incompatibilidade de algumas decisões estaduais em matéria de imigração com o art. 17.º do PIDCP.

Em primeiro lugar, importa referir o caso *Aumeeruddy-Cziffra*<sup>2094</sup>, em que o Comité analisou a legitimidade de uma legislação de acordo com a qual os cônjuges estrangeiros de cidadãs nacionais da República da Maurícia deixariam de ter o direito de residir no país, devendo pedir uma autorização para o efeito, a qual que podia ser recusada ou suspensa a qualquer momento. O Comité, apesar de referir que estavam primordialmente em causa os direitos das cidadãs nacionais, não deixou de sublinhar o seguinte: «*the exclusion of a person from a country where close members of his family are living can amount from interference within the meaning of article 17. In principle, article 17 (1) applies also when one of the spouses is an alien. Whether the existence and application of immigration laws affecting the residence of a family member is compatible with the Covenant depends on whether such interference is either “arbitrary or unlawful” as stated in article 17 (1), or conflicts in any other way with the State party’s obligations under the Covenant*». Assim, partindo da consideração de que a residência comum dos cônjuges era um elemento essencial da família, o Comité considerou que a interdição de uma pessoa viver no país em que residia a sua família constituía uma ingerência na vida familiar. No caso, não era apenas a possibilidade futura de expulsão, mas também o estatuto precário de residente dos cônjuges estrangeiros na Maurícia que representava tal ingerência. Não obstante, o Comité acabou por decidir o caso sob a perspetiva da proibição de discriminação, já que o regime legal em análise procedia a uma distinção entre cônjuges estrangeiros do sexo masculino – que estavam privados de um direito de residência – e cônjuges estrangeiros do sexo feminino – que gozavam de um direito de residência, o que constituía, para o Comité, uma discriminação contrária ao art. 26.º do Pacto<sup>2095</sup>.

A este, seguiu-se o caso *Stewart c. Canadá*, em que se analisou a legitimidade da medida de expulsão de um imigrante de nacionalidade escocesa, residente no Canadá desde os sete anos

---

<sup>2092</sup> JEAN-FRANÇOIS FLAUSS, “L’Étranger, entre Souveraineté...”, p. 58.

<sup>2093</sup> JENS VEDSTED-HANSEN, “Migration and the Right...”, p. 708.

<sup>2094</sup> Dec. de 09/04/1981, *Aumeeruddy Cziffra e outros c. Maurítania*, comunicação n.º 35/1978.

<sup>2095</sup> Chegou-se, assim, a uma solução muito idêntica ao já referido caso *Abdulaziz* decidido pelo TEDH.

de idade, e que tinha sido condenado por vários crimes<sup>2096</sup>. O estrangeiro vivia com a mãe e irmão, ambos com problemas de saúde, e tinha também dois filhos que viviam com a ex-mulher. O Comité considerou que a expulsão configurava uma ingerência nas relações familiares do expulsando, mas que a mesma não podia ser considerada arbitrária, já que prosseguia um interesse legítimo e tinham sido tidas em conta as ligações familiares do existentes.

No caso *Winata*<sup>2097</sup>, analisou-se a legitimidade de expulsão do território australiano de dois apátridas, que haviam possuído a nacionalidade indonésia, e eram progenitores de um menor de nacionalidade australiana. A expulsão tinha como fundamento a ilegalidade da permanência dos mesmos no território. Os recorrentes alegaram a violação de vários preceitos do PIDCP, como a proibição de interferências ilegítimas na vida familiar, o direito da família à proteção estadual e o direito à proteção da criança sem qualquer discriminação. O Comité começou por afirmar que o nascimento de um menor no território, mesmo que nacional do país, não era suficiente para tornar arbitrária a expulsão do progenitor, ou mesmo dos dois, em situação ilegal no território, já que o simples facto de um membro da família ter o direito de permanecer no território não implicava, só por si, que os demais membros da família ficassem protegidos contra expulsões. Não obstante, afirmou que a decisão de afastamento de estrangeiros em situação ilegal não era ilimitada, reconhecendo poder haver situações em que tal decisão estadual poderia constituir uma ingerência ilegítima na vida familiar. Os critérios relevantes a considerar para estes casos seriam, por um lado, o peso dos interesses estaduais que justificariam a medida de expulsão e, por outro, o grau de sacrifício (*«hardship»*) imposto para o estrangeiro e sua família, resultante dessa medida<sup>2098</sup>. No caso, o Comité deu especial relevância ao facto de o menor ter vivido toda a sua vida no país, aí ter frequentado a escola e desenvolvido relações sociais e pessoais. Assim, acabou por considerar que a decisão de expulsão constituía uma ingerência ilegítima na família, já que obrigara os progenitores a escolherem entre deixar um menor de 13 anos sozinho no país da sua nacionalidade, ou de o levarem consigo para um país com o qual o mesmo não possuía qualquer ligação. Para a decisão foi determinante a consideração do melhor interesse da criança e o longo período de residência no país, apesar de ilegal. Perante essas circunstâncias, o Comité considerou que o Estado expulsante tinha de demonstrar fatores adicionais, para além do mero desrespeito pelas leis de imigração, para justificar a expulsão dos progenitores da criança nacional. Não tendo sido esse o caso, a medida de expulsão era arbitrária, foi julgada contrária ao art. 17.º, 1, em conjugação com o art. 23.º e, ainda, em relação ao menor, do art. 24.º, 1 do PIDCP. Com esta decisão, o Comité demonstrou que, nos casos em que está em causa a manutenção da unidade familiar, pode não ser suficiente a justificação de uma medida de expulsão fundamentada apenas na situação ilegal de alguns dos membros da família.

A este caso seguiu-se o caso *Madafferi*<sup>2099</sup>, onde se analisou uma expulsão determinada pela Austrália, de um estrangeiro italiano, casado com uma australiana e pai de filhos australianos, motivada pela presença ilegal no território e pela existência de várias condenações penais de que o mesmo tinha sido objeto no país de origem. O Comité decidiu que a medida de expulsão se traduzia numa ingerência na vida familiar. Tal como no caso

---

<sup>2096</sup> Dec. de 18/03/1994, *Stewart c. Canadá*, comunicação n.º 538/1993.

<sup>2097</sup> Dec. de 02/07/2001, *Winata c. Austrália*, comunicação n.º 930/2000.

<sup>2098</sup> Sobre esta jurisprudência, v. SARA A. RODRÍGUEZ, “Exile and the not-so-lawful permanent resident...”, p. 516 e ss.

<sup>2099</sup> Dec. de 26/07/2001, *Madafferi c. Austrália*, comunicação n.º 101/2001.

precedente, o Comité considerou que as razões avançadas pelo Estado eram insuficientes para justificar a aplicação dessa medida, por constituir quer uma ingerência na vida familiar, quer uma violação do direito das crianças a beneficiarem de medidas de proteção por parte do Estado.

Mais recentemente, o Comité voltou a decidir que a expulsão de um estrangeiro do país, por acarretar a separação dos membros da família – que não o poderiam seguir para o país de origem –, constituía uma violação do PIDCP, não obstante os vários ilícitos criminais praticados pelo recorrente<sup>2100</sup>.

Não obstante, noutros casos, o Comité confirmou o princípio segundo o qual progenitores estrangeiros não podem invocar inexpulsabilidade pelo facto de terem um filho menor nacional do Estado<sup>2101</sup>.

No caso *Byahuranga c. Dinamarca*<sup>2102</sup>, o recorrente invocava que a sua expulsão, fundada na prática de crimes, constituía uma ingerência arbitrária na sua vida familiar. O Estado justificou a aplicação da medida de expulsão com a natureza e gravidade das infrações cometidas pelo autor, pelo que o Comité julgou que as razões avançadas pelo Estado-Parte eram razoáveis e suficientes para justificar a ingerência.

Deste conjunto de decisões decorre, assim, que a posição do Comité depende das circunstâncias do caso e das razões estaduais que fundamentam a aplicação da medida de expulsão.

#### ***d) Método e critérios de decisão***

Contrariamente ao TEDH, o Comité de Direitos Humanos das N.U. não tem um método de decisão estratificado. Os critérios de decisão resultam da análise de vários casos, e de afirmações realizadas nos mesmos.

Desde logo, o Comité tem referido que o simples facto de um membro da família ter o direito de permanecer no território de acolhimento não significa que a imposição de saída dos restantes membros implica necessariamente uma interferência na vida familiar. Não obstante, existirá essa interferência se a situação for tal que implique mudanças substanciais numa vida familiar estavelmente estabelecida (*«substantial changes to long-settled family life»*). De facto, em vários casos, o Comité decidiu que as medidas de expulsão ou de recusa de entrada no território podem não implicar necessariamente uma destruição da unidade familiar, mas uma simples recolocação da família inteira para outro Estado<sup>2103</sup>. Neste ponto, a jurisprudência do Comité difere da jurisprudência do TEDH, que deduzia da aplicação de uma medida de expulsão, automaticamente uma ingerência na vida familiar.

Depois, o Comité exige vários requisitos para que a ingerência seja legítima: a medida estadual tem de estar prevista na lei (que, ela mesma, deve ser conforme às disposições e aos fins do PIDCP), e deve ser suficientemente precisa. O Comité verifica ainda se o

---

<sup>2100</sup> Dec. de 21/07/2011, *Warsame c. Canadá*, comunicação n.º 1959/2010. O Comité considerou existir uma violação do art. 17.º e 23.º, n.º 1, isoladamente e em conjunto com o art. 2.º, n.º 3 do PIDCP.

<sup>2101</sup> Dec. de 11/04/2003, *Sabid c. Nova Zelândia*, comunicação n.º 893/1999, dec. de 07/08/2003, *Rajan c. Nova Zelândia*, queixa n.º 820/1998. Para mais exemplos, v. DAVID WEISSBRODT & CONNIE DE LA VEGA, *International Human Rights Law...*, p. 89.

<sup>2102</sup> Dec. de 09/12/2004, *Byahuranga c. Dinamarca*, comunicação n.º 1222/2003.

<sup>2103</sup> T. ALEXANDER ALENIKOFF, “International Legal Norms and Migration...”, p. 18.

procedimento de expulsão permite tomar em consideração o potencial impacto da expulsão na família. Por fim, a ingerência deve ser razoável, *i.e.*, proporcional ao fim prosseguido, e necessária. Os fatores que o Comité toma em consideração para aferir do respeito do princípio da proporcionalidade não se afastam muito dos usados pelo TEDH: a duração da residência, a idade das crianças envolvidas, os efeitos da expulsão na vida familiar, o comportamento do expulsando, e os interesses do Estado em manter a ordem pública e o respeito pelas leis de imigração<sup>2104</sup>. Incumbirá ao Estado que pretende expulsar demonstrar que fatores que justificam a ingerência. O teste relativo à arbitrariedade da medida corresponde, *grosso modo*, ao teste da «necessidade numa sociedade democrática» do art. 8.º, n.º 2 da CEDH<sup>2105</sup>.

O Comité demonstra, pois, ainda alguma timidez, no que toca ao reconhecimento de que as medidas de expulsão podem consubstanciar verdadeiras *ingerências* na vida familiar, apenas considerando ser esse o caso quando a vida familiar se encontrar sedimentada no território. E ainda assim, o Estado pode invocar razões suficientemente fortes que permitam ultrapassar a proteção a dar a essa vida sedimentada. Assim, alguns autores referem que a jurisprudência do Comité acaba por conceder um peso maior ao poder de os Estados executarem as suas políticas de imigração<sup>2106</sup>. Em suma, podemos concordar com alguns autores quando referem que, no que toca à proteção da unidade familiar do estrangeiro, a jurisprudência do Comité pouco acrescenta à do TEDH<sup>2107</sup>.

### 2.3.2. Convenção dos Direitos da Criança

A Convenção dos Direitos da Criança é particularmente importante para o tema em análise. Desde logo, contém algumas disposições que versam especificamente sobre a proteção da unidade familiar das crianças<sup>2108</sup> e, por outro lado, contém disposições gerais que estabelecem critérios de decisão que são decisivos na análise dos casos referentes à proteção da unidade familiar de estrangeiros quando estão em causa crianças. Por fim, este tratado impõe quer obrigações negativas quer positivas sobre os Estados<sup>2109</sup>.

No que toca a disposições gerais, é de uma importância crucial o art. 3.º, nos termos do qual todas as decisões relativas a crianças, adotadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primordialmente em conta o interesse superior da criança. Alguns autores defendem que o princípio da tomada em consideração do superior interesse da criança como critério de decisão primordial já atingiu, inclusivamente, o estatuto de princípio de direito internacional

---

<sup>2104</sup> *Idem*, p. 18.

<sup>2105</sup> Assim, JENS VEDSTED-HANSEN, “Migration and the Right...”, p. 709.

<sup>2106</sup> *Idem*, p. 709.

<sup>2107</sup> *Idem*, p. 710.

<sup>2108</sup> Sobre este ponto v., desde logo, SHARON DETRICK, “Family rights under the United Nations Convention...”, p. 95 e ss. Note-se que também já a Declaração dos Direitos da Criança de 1959 continha disposições pertinentes neste contexto. De acordo com o Princípio n.º 6, declarava-se que a criança deve, sempre que possível, crescer sob o cuidado e responsabilidade dos pais e que uma criança de tenra idade não deve, salvo em circunstâncias excecionais, ser separada dos pais. A aplicação destas disposições à matéria de imigração tem sido defendida por alguns autores. Assim, GERASSIMOS FOURLANOS, *Sovereignty and the Ingress...*, p. 94.

<sup>2109</sup> ANN LAQUER ESTIN, “Families and Children...”, p. 295.



geral<sup>2110</sup>. O Comité dos Direitos da Criança já teve oportunidade de referir que esta disposição implicava que, nos processos de expulsão que pudessem implicar a separação da criança dos seus pais, o melhor interesse desta deveria ser tido em consideração<sup>2111</sup>.

Não obstante, não há nenhuma definição específica sobre o que significa o conteúdo desse princípio, *i.e.*, sobre o que constitui o *melhor interesse da criança*. Podemos adiantar, contudo que, em geral, o seu melhor interesse corresponderá a gozar dos direitos garantidos pela CDC, incluindo, na maior parte dos casos, usufruir da companhia de ambos os pais.

Depois, a CDC prevê disposições específicas relativas à proteção da família. O Preâmbulo da CDC menciona que a família é a unidade fundamental da sociedade e o meio natural para o crescimento e bem-estar de todos os membros, pelo que merece a proteção do Estado. Mais acrescenta que a criança deve crescer no meio familiar, para poder beneficiar de um desenvolvimento harmonioso da sua personalidade. Estes princípios são depois desenvolvidos em várias disposições concretas. Desde logo, importa referir o art. 7.º, que garante à criança o direito a ser educada pelos seus pais. Complementando esta ideia, o art. 18.º, n.º 1 estabelece que ambos os progenitores, independentemente do estatuto conjugal, têm responsabilidades comuns no que respeita à educação e desenvolvimento da criança<sup>2112</sup>. O n.º 2 da norma, por seu turno, sublinha que os Estados-Parte devem respeitar as responsabilidades, direitos e deveres dos pais, ou de outras pessoas responsáveis pelas crianças, devendo ainda prestar a devida assistência aos mesmos no cumprimento das suas responsabilidades parentais.

Mais especificamente, são várias as normas que consagram um direito à unidade familiar da criança. O art. 16.º dispõe que «nenhuma criança será objecto de interferências arbitrárias ou ilegais na sua vida particular, na sua família». O art. 9.º, por seu turno, refere que a criança não pode ser separada dos pais, exceto para o seu interesse. Desta norma resultam fortes constrangimentos para os Estados que pretendam expulsar pais de crianças menores<sup>2113</sup>. De acordo com esta norma, a única exceção admissível no que toca à proibição de separação das crianças dos seus progenitores é o respeito pelo melhor interesse daquelas<sup>2114</sup>. Contrariamente à CEDH e ao PIDCP, a CDC não contém referência à possibilidade de restringir o direito em causa para salvaguarda de interesses estaduais ou coletivos. Para alguns autores, isso significa que, se um Estado decidir expulsar um progenitor, mesmo após ter levado a cabo uma cuidadosa ponderação entre os interesses públicos e privados em presença, ainda assim pode incorrer em violação do art. 9.º da CDC, se essa medida implicar a separação de uma criança dos seus progenitores e não puder ser justificada com o seu melhor interesse<sup>2115</sup>. É claro que os Estados podem invocar que a medida não implica a separação da família, podendo a criança seguir o progenitor expulso, na linha de orientação da teoria do “local de residência alternativo” do TEDH. Por outro lado, do n.º 4 do art. 9.º parece resultar que não se pretendeu adotar uma perspetiva tão absoluta no que toca à proibição de expulsões, já que essa norma determina que, se a separação resultar de

---

<sup>2110</sup> KATE JASTRAM, “Family Unity...”, p. 193.

<sup>2111</sup> Assim, as Conclusões relativas ao relatório apresentado pela Noruega. Cf. UN Doc. CRC/C/15/Add. 126, de 28/06/2000, § 30-31.

<sup>2112</sup> Nesse sentido, ainda, o art. 5.º, b), da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres.

<sup>2113</sup> KATE JASTRAM, “Family Unity...”, p. 192. Nesse sentido, alguns Estados, como o Reino Unido e a Alemanha, fizeram reservas a esta norma para salvaguardar o seu *ius excludendi*.

<sup>2114</sup> KATE JASTRAM, & KATHLEEN NEWLAND, “Family Unity and Refugee Protection...”, p. 575.

<sup>2115</sup> Assim, ELIAHU FRANK ABRAM, “The Child's Right to Family Unity...”, p. 418.

deportação, o Estado tem obrigação de prestar a devida informação à criança. Assim, parece daqui derivar que a CDC admite a aplicação de medidas de expulsão mesmo que impliquem a separação da família. Esse poderá ser o caso de expulsão do progenitor para o país de origem, ficando a criança com outro progenitor no país onde a mesma reside, pelo facto de essa permanência ser melhor para o seu interesse. Ao prever esta possibilidade, demonstra-se que a CDC acaba por não proibir de forma geral a expulsão do território de pais de crianças nacionais. Resta saber qual será a jurisprudência do Comité dos Direitos da Criança, no seguimento da entrada em vigor do Protocolo Facultativo à CDC, relativo à instituição de um procedimento de comunicação, uma vez que o Comité irá passar a analisar queixas individuais<sup>2116</sup>.

O art. 10.º da CDC constitui outra norma importante no presente contexto. O n.º1 refere que «toda a solicitação apresentada por uma criança, ou por seus pais, para ingressar ou sair de um Estado-Parte com vista à reunião de família, deverá ser atendida pelos Estados-Parte de forma positiva, humanitária e rápida». O n.º2 refere expressamente a sua aplicabilidade às situações em que está em causa a entrada da criança no seu próprio país, o que implica, assim, que o n.º1 abranja situações mais vastas, nomeadamente o pedido para ingressar num Estado que não o da sua nacionalidade. Esta norma, à primeira vista, apenas consagra obrigações procedimentais. Os Estados têm de decidir os pedidos de reagrupamento familiar que envolvam crianças de forma rápida, mas também proceder a um escrutínio rigoroso e independente das circunstâncias de cada caso, e com particular atenção ao superior interesse da criança<sup>2117</sup>. E devem fazê-lo de forma positiva, *i.e.*, de forma a não *prejudicar* a decisão final<sup>2118</sup>. Mas a doutrina tem concordado que, para além de obrigações procedimentais, derivam ainda obrigações substanciais, às quais se chegaria através de uma leitura conjunta desta norma com o art. 9.º. Assim, VINCENT CHÉTAIL refere que dessa conjugação resulta, pelo menos, uma *presunção* a favor de uma decisão favorável ao reagrupamento familiar<sup>2119</sup>. Por outro lado, outros autores referem que, da conjugação do art. 9.º e do art. 10.º resulta a necessidade de, em matéria de imigração, os Estados assegurarem a união entre pais e filhos separados pelas suas fronteiras, quer isso implique a entrada da criança no território, quer a entrada dos pais, de forma a poderem reunir-se a um filho que aí esteja<sup>2120</sup>. Neste contexto, há ainda que interligar este direito com a disposição que garante às crianças o direito de gozar da companhia de ambos os progenitores. Assim, os Estados não podem invocar que a criança reside no seu território de origem com outro progenitor para, só por esse facto, negarem a sua entrada no território de imigração para aí se reunir ao outro progenitor<sup>2121</sup>.

Enquanto alguns autores referem que desta norma apenas decorrem obrigações vagas<sup>2122</sup>, outros apontam-na como sendo aquela que efetivamente consagra, em direito internacional,

---

<sup>2116</sup> Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Relativo à Instituição de Um Procedimento de Comunicação, adotado em Nova Iorque em 19 de dezembro de 2011, aprovado entre nós pela Resolução da Assembleia da República n.º 134/2013 e que entrou em vigor em abril de 2014.

<sup>2117</sup> VINCENT CHÉTAIL, “The Transnational Movement of Persons...”, p. 45.

<sup>2118</sup> SHARON DETRICK, *The United Nations Convention...*, p. 202 e 206.

<sup>2119</sup> VINCENT CHÉTAIL, “The Transnational Movement of Persons...”, p. 46.

<sup>2120</sup> KATE JASTRAM, “Family Unity...”, p. 195.

<sup>2121</sup> KATE JASTRAM, & KATHLEEN NEWLAND, “Family Unity and Refugee Protection...”, p. 578.

<sup>2122</sup> Assim, PATRICK DOLLAT, “Le Droit de Vivre em Famille...”, p. 695, que se refere a mesma consagra uma mera «obrigação moral», e JENS VEDSTED-HANSEN, “Migration and the Right...”, p. 711, que defende que, embora decorra da norma uma clara obrigação de os Estados permitirem a *saída* dos pais e crianças dos

um verdadeiro *direito ao reagrupamento familiar de crianças*<sup>2123</sup>. As observações do Comité dos Direitos da Criança apontam também nesse sentido, pois têm referido a adoção de legislação para garantia do reagrupamento familiar de crianças como uma das medidas necessárias para a efetivação do art. 10.º da CDC<sup>2124</sup>. O Comité tem ainda referido que os Estados «devem tomar todas as medidas necessárias para o reagrupamento da criança com os seus pais, quando isso for o melhor para o seu interesse»<sup>2125</sup>.

Nós consideramos que esta norma, pelo menos, impõe que o Estado tenha de prever a possibilidade de reagrupamento familiar entre pais e filhos, e não possa manter leis de imigração ou práticas gerais que regulem de forma restritiva a entrada ou permanência no território quando está em causa a unidade familiar entre pais e filhos menores<sup>2126</sup>. Estará, assim, em desconformidade com esta norma a não previsão de reagrupamento familiar entre pais e filhos menores, mas também a sujeição do reagrupamento a um regime demasiado restritivo, implicando a previsão de critérios de elegibilidade muito exigentes ou a adoção de longos períodos de espera e de procedimentos complexos e onerosos.

A fórmula referente à obrigação de os Estados lidarem com os pedidos de reagrupamento familiar de «forma positiva» é mais forte que a tradicionalmente usada pelos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, que usam termos mais vagos, como «tomar as medidas necessárias para facilitar o reagrupamento familiar», ou se limitam a remeter para a legislação nacional. Julgamos, no entanto, que tal norma se reporta à forma como a decisão sobre reagrupamento familiar de crianças deve ser analisada, mas não impõe uma decisão concreta num determinado sentido. O termo «positiva» não visa referir-se ao *sentido* da decisão final, mas sim à *forma de tratamento dos pedidos* de reagrupamento por parte dos Estados, visando impor que os mesmos tomem em consideração todos os fatores relevantes para a decisão e se empenhem em garantir a realização do superior interesse da criança.

Por outro lado, mais uma vez incumbe referir que estas disposições apenas protegem a unidade familiar das crianças com os seus progenitores, e não um *direito à imigração em si*. O que aos Estados-Parte incumbe é, tão-só, garantir que a criança pode ser reunida aos seus pais. O modo de o fazer é deixado à livre apreciação dos Estados. Também a maior parte dos autores, mesmo aqueles que advogam que a CDC consagra um direito ao reagrupamento familiar, referem que, quando o reagrupamento se puder realizar noutro local, pode haver limitação das garantias previstas na CDC<sup>2127</sup>. Afirma-se, assim, a compatibilidade das obrigações da CDC com uma ideia semelhante à da “doutrina do local de residência alternativo” desenvolvida pelo TEDH. Note-se, porém, que estes últimos autores, contrariamente à posição do TEDH, partem do princípio de que os arts. 9.º e 10.º consagram, *prima facie*, um direito ao reagrupamento familiar entre crianças e seus progenitores, admitindo, num segundo plano, restrições ao mesmo. No nosso entender, mantemos aquela que para nós corresponde à doutrina geral na matéria: as normas em análise consagram, em primeira linha, o direito à unidade familiar. Um direito de imigração apenas será reconhecido como instrumento quando o mesmo se revelar necessário para prosseguir o primeiro. O que

---

territórios para efeitos de reagrupamento familiar, da letra da mesma não deriva uma obrigação de permitir a *entrada* para os mesmos efeitos.

<sup>2123</sup> KATE JASTRAM, & KATHLEEN NEWLAND, “Family Unity and Refugee Protection...”, p. 579.

<sup>2124</sup> Observações respeitantes à Austrália, de 10/10/1997, e à Áustria, de 07/05/1999.

<sup>2125</sup> Observações respeitantes à Malásia, 25/06/2007.

<sup>2126</sup> Assim, também ELIAHU FRANK ABRAM, “The Child's Right to Family Unity...”, p. 423.

<sup>2127</sup> T. ALEXANDER ALEINIKOFF, “International Legal Normas and Migration...”, p. 18, KATE JASTRAM, & KATHLEEN NEWLAND, “Family Unity and Refugee Protection...”, p. 578.

não significa que isso só aconteça, como já expusemos, quando não exista outro local alternativo para a vida familiar se desenvolver.

Independentemente da posição que se adote, é inegável a proteção que a CDC oferece à unidade familiar do estrangeiro, seja quando esteja em causa o reagrupamento de filhos menores, seja quando esteja em causa uma expulsão que acarrete a separação da família. A atividade do Comité em matéria de análise de queixas individuais apresentar-se-á, neste ponto, muito importante.

### **2.3.3. Convenção das Nações Unidas para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros das suas Famílias**

Como já se teve oportunidade de referir, a Convenção agora em análise teve como objetivo proteger os direitos e a dignidade das pessoas que imigram por motivos económicos<sup>2128</sup>. O art. 44.º refere que os Estados reconhecem que a família é o grupo natural e fundamental da sociedade, pelo que tem o direito de proteção por parte do Estado. A norma menciona o dever de os Estados tomarem «medidas apropriadas» e «facilitarem» o reagrupamento familiar do trabalhador migrante com o cônjuge ou parceiro de facto e filhos solteiros a cargo. No entanto, os Estados podem limitar este direito aos imigrantes em situação regular no território<sup>2129</sup>, e o conceito de família adotado por este instrumento para efeitos de reagrupamento familiar é mais restrito que o conceito de família adotado nas disposições gerais da mesma convenção<sup>2130</sup>.

Ora, é escassa a relevância prática deste instrumento no reconhecimento de um efetivo direito ao reagrupamento familiar. Desde logo, a terminologia adotada não permite a afirmação de um *direito específico* ao reagrupamento familiar, já que se refere apenas a uma *obrigação de se facilitar* o mesmo. No nosso entender, daqui recorre, desde logo, a obrigação de os Estados signatários preverem esse instituto no direito interno. Neste sentido, esta Convenção consagra uma *garantia institucional* de reagrupamento familiar, no sentido de que os Estados devem prever o instituto nas suas ordens internas, e não desconfigurá-lo no que toca aos seus elementos essenciais<sup>2131</sup>. Por fim, decorrerá uma obrigação de *atuação positiva* à semelhança da decorrente do art. 10.º da CDC, no sentido de as autoridades se empenharem no que toca a ponderar todos os fatores relevantes para a tomada de uma decisão no contexto, com boa-fé e diligência. No entanto, desta norma não deriva um direito subjetivo ao reagrupamento oponível ao Estado. Note-se que esta nossa posição não é partilhada por parte da doutrina, já que alguns autores referem que a previsão desta garantia demonstra o reconhecimento de um verdadeiro *direito*<sup>2132</sup>.

---

<sup>2128</sup> Ponto 2.4., Capítulo I, Parte II.

<sup>2129</sup> O presente direito encontra-se previsto na Parte IV da Convenção, referente a «outros direitos dos trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias que se encontram documentados ou em situação regular».

<sup>2130</sup> Assim, o art. 4.º, que se refere não apenas ao cônjuge, e menores não casados, mas ainda aos parceiros com que mantenha uma união que produza efeitos semelhantes aos do casamento e a todos os dependentes que sejam reconhecidos como membros da família pela legislação aplicável.

<sup>2131</sup> Sobre a noção de “garantia institucional” v., por todos, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 134 e ss.

<sup>2132</sup> PABLO ANTONIO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “El Derecho de Reagrupación...”, p. 378.

#### 2.3.4. Instrumentos da OIT

A OIT desde cedo manifestou preocupação com a salvaguarda da unidade familiar dos trabalhadores estrangeiros. Num relatório intitulado *Trabalhadores Migrantes*, de 1973, o problema do reagrupamento familiar era descrito como essencial para o bem-estar do imigrante e para a sua integração no país de acolhimento. Reconhecia-se que a separação prolongada e isolamento levavam a sofrimentos que afetavam quer os imigrantes, quer os membros da família, e evitavam que os mesmos levassem a cabo uma vida normal<sup>2133</sup>. Assim, a OIT desenvolveu vários instrumentos destinados a promover a reunião dos trabalhadores imigrantes com os membros das suas famílias. No entanto, deles não resulta propriamente uma obrigação de os Estados promoverem a unidade familiar do imigrante, quer no que toca ao reagrupamento familiar, quer no que toca a proibições de expulsão<sup>2134</sup>.

O art. 13.º, n.º1, da Convenção n.º 143 sobre trabalhadores migrantes insta todos os Estados a adotarem medidas para facilitar o reagrupamento familiar de todos os trabalhadores estrangeiros que residam legalmente no seu território. Visa-se apenas, pois, *incentivar* os Estados-Parte a levar a cabo essas medidas, reconhecendo-se discricionariedade no que toca à melhor forma de alcançar o desiderato mencionado<sup>2135</sup>. A Convenção tem a vantagem, porém, de se aplicar a imigrantes com estatuto temporário<sup>2136</sup>.

Por seu turno, a recomendação n.º 86 estipula que apenas um imigrante com estatuto permanente no território pode ser acompanhado pelos membros da sua família, instando os Estados a adotarem um entendimento amplo de “membros da família” como aqueles que estão dependentes do imigrante estabelecido.

#### 2.3.5. Outros instrumentos

Cabe, por fim, referir outros instrumentos de âmbito universal que dão acolhimento ao princípio da proteção da unidade familiar do estrangeiro. Iremos referir apenas alguns exemplos, face à vastidão de normas protetoras da unidade familiar<sup>2137</sup>.

Em primeiro lugar, cabe referir o PIDESC, que refere, no art. 10.º, que os Estados deverão proporcionar uma proteção e uma assistência o mais amplas possível à família. Embora a norma em questão obrigue os Estados a proporcionar condições económicas e sociais para o desenvolvimento da vida familiar, alguns autores referem que ela poderá ainda ter algum impacto indireto nas políticas de imigração respeitantes ao reagrupamento familiar,

---

<sup>2133</sup> RYSZARD CHOLEWINSKI, *Migrant Workers...*, p. 117.

<sup>2134</sup> Sobre este ponto v., *inter alia*, PATRICK DOLLAT, “Le Droit de Vivre em Famille...”, p. 694.

<sup>2135</sup> RYSZARD CHOLEWINSKI, *Migrant Workers...*, p. 118.

<sup>2136</sup> GIBBERT BRINKMANN, “Family Reunion, Third Country Nationals...”, p. 246.

<sup>2137</sup> São, em particular, muitos os instrumentos de *soft law* que têm vindo a reconhecer a importância do direito à unidade familiar dos imigrantes, nomeadamente do direito ao reagrupamento familiar, bem como a instar os Estados-Parte a reconhecer semelhante direito. Assim, e a título de alguns exemplos, o Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, de 5 a 13 de setembro de 1994, e várias Resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas, como a Resolução n.º 55/100, de 1 de março de 2001, sobre o respeito do direito universal de viajar e a importância vital da reunificação das famílias, bem como a Resolução n.º 61/162 de 19 de dezembro de 2006, sobre reagrupamento familiar. Para mais referências, v. VINCENT CHÉTAIL, “The Transnational Movement of Persons...”, p. 47 e ss.

embora daí não decorra, à partida, uma obrigação individualizada, da parte dos Estados, no que toca a permitir a entrada ou a absterem-se de expulsar estrangeiros<sup>2138</sup>.

O Comité para a Eliminação da Discriminação Racial, por seu turno, tem referido que um respeito completo do art. 5.º da Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, que protege o direito a casar e a escolher o cônjuge, pressupõe o direito de os estrangeiros viverem com os membros das suas famílias<sup>2139</sup>. Afirmou ainda que os Estados devem assegurar que a expulsão de não cidadãos, especialmente de residentes de longa duração, não constitui uma violação do seu direito à vida familiar<sup>2140</sup>.

Já apontando para uma ligação entre a proteção da unidade familiar do estrangeiro e o reconhecimento derivado de um direito de imigração, a Declaração dos Direitos Humanos das Pessoas que não possuem a nacionalidade do país em que vivem prevê, na al. b) do n.º1 art. 5.º, o direito dos estrangeiros à proteção contra ingerências arbitrárias na sua vida privada e familiar. Nos termos do n.º4 do mesmo artigo, sob reserva da legislação nacional e de uma autorização, o cônjuge e os filhos menores ou a cargo de um estrangeiro que resida legalmente no território de um Estado, *são autorizados a acompanhar ou a reunir-se ao estrangeiro e a permanecer com ele*. Cabe lembrar, contudo, que este instrumento carece de caráter vinculativo.

### 2.3.6. Carta Social Europeia

A Carta Social Europeia reveste também importância no contexto da proteção da unidade familiar dos estrangeiros. Em primeiro lugar, o art. 16.º consagra o direito da família a uma proteção social, jurídica e económica. Mais concretamente, o art. 19.º, n.º6 insta os Estados-Parte a *facilitar*, na medida do possível, a reunião da família ao trabalhador estrangeiro autorizado a estabelecer-se no território<sup>2141</sup>.

Esta disposição é mais limitada do que a que constava da versão inicial, não aprovada, e que consagrava expressamente um *direito ao reagrupamento familiar*<sup>2142</sup>. Por outro lado, a doutrina discute se esta disposição apenas se destina a instar os Estados a adotar uma política que permita o reagrupamento familiar, ou se cria diretamente obrigações para os mesmos<sup>2143</sup>. O Comité Europeu de Direitos Sociais tem interpretado esta disposição no sentido de a mesma obrigar os Estados-Parte a criar condições que tornem possível o reagrupamento

---

<sup>2138</sup> JENS VEDSTED-HANSEN, “Migration and the Right...”, p. 7011.

<sup>2139</sup> Observações feitas aos Emirados Árabes Unidos, 08/05/1995.

<sup>2140</sup> Comentário Geral n.º 30, *Discrimination Against Non Citizens*, 19/08/2004.

<sup>2141</sup> De acordo com o apêndice da Carta Social Europeia, “família” abrangia, pelo menos, o cônjuge e os filhos dependentes menores de 21 anos. Algumas recomendações do comité de peritos independentes a Estados que não adotavam este conceito levaram a reformas legislativas. No entanto, a Carta Social revista passou a adotar o conceito de família como abrangendo apenas os filhos solteiros considerados menores pelo Estado de acolhimento e dependentes do trabalhador migrante. Esta nova formulação acabou por traduzir-se numa descida do nível de proteção concedido. Sobre este ponto, v. RYSZARD CHOLEWINSKI, *Migrant Workers...*, p. 335.

<sup>2142</sup> Essa versão requeria aos Estados-Parte que garantissem aos trabalhadores migrantes *o direito de serem acompanhados pelas suas famílias* e que facilitassem *a reunião das famílias*, sem qualificar em que termos. RICHARD CHOLEWINSKI refere que o texto inicial se referia ao reagrupamento familiar em termos de o mesmo constituir um verdadeiro *direito*. Cf. “The Protection of the Right of Economic...”, p. 590.

<sup>2143</sup> FABIENNE JAULT-SESEKE, *Le Regroupement Familial...*, p. 26.

familiar, não permitindo a imposição de condições de tal forma restritivas que privem este instituto de todo o significado. De facto, da jurisprudência do Comité têm resultado várias limitações para as regulamentações estaduais. Assim, este organismo já afirmou que a recusa de reagrupamento por motivos de saúde só pode ser admitida em relação a doenças específicas que sejam suficientemente graves para pôr em risco a saúde pública, que a exigência de habitação adequada não deve ser de tal modo restritiva que impeça qualquer reagrupamento familiar, que a exigência de um período de residência superior a um ano antes de se poder efetivar o reagrupamento familiar é excessivo, que não deve ser automaticamente recusado o direito ao reagrupamento familiar devido à origem dos rendimentos, no caso de provirem de prestações sociais, e que a realização de testes linguísticos ou de integração como condição de autorização do reagrupamento familiar pode constituir uma restrição suscetível de desrespeitar a obrigação estabelecida no art. 19.º, n.º6 da CSE<sup>2144</sup>.

Alguns autores consideram que esta norma visa criar um verdadeiro direito ao reagrupamento familiar, e que a formulação aparentemente vaga visa apenas sublinhar o caráter não absoluto do mesmo<sup>2145</sup>. Não é essa a nossa opinião. Consideramos que o art. 19.º da Carta Social Europeia consagra a garantia institucional do reagrupamento familiar, ao obrigar os Estados a preverem a figura e a não poderem estabelecer restrições de tal forma importantes que descaracterizem o instituto. Também esta disposição consagra, por seu turno, uma obrigação de atuação positiva nos moldes já expostos. No entanto, julgamos que não atribui um direito subjetivo individualmente oponível.

### **2.3.7. Convenção Europeia de 1977 relativa ao Estatuto Jurídico do Trabalhador Migrante**

Esta convenção prevê não só um direito ao reagrupamento familiar, mas também um conjunto de regras que devem moldar a regulamentação do mesmo nos vários Estados-Parte. Estas regras foram consideradas de tal importância que não podem ser objeto de reservas. O art. 12.º consagra o direito ao reagrupamento familiar do trabalhador estrangeiro com o cônjuge e filhos menores não casados, desde que tenha um alojamento adequado e recursos estáveis e suficientes<sup>2146</sup>, permitindo, no entanto, que os Estados subordinem o exercício desse direito a um período de espera nunca superior a doze meses.

Esta Convenção foi somente ratificada por treze Estados e aplica-se apenas aos nacionais das partes contratantes e que sejam trabalhadores assalariados. Para além do mais, foi temperada com inúmeras cláusulas facultativas e permissões de derrogação que fazem duvidar da sua eficácia. De facto, embora o art. 12.º não possa ser objeto de reservas, nos termos do n.º2 dessa norma, os Estados-Parte podem derrogar temporariamente a obrigação de reagrupamento familiar para certas partes do seu território. Devido a estas limitações, alguns autores consideram que esta disposição é mais limitada do que a constante da Carta Social Europeia<sup>2147</sup>.

---

<sup>2144</sup> COMITÉ EUROPEU DE DROITS SOCIAUX, Conclusions 2011, Introdução Geral, p. 8.

<sup>2145</sup> PABLO ANTONIO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “El Derecho de Reagrupación...”, p. 378.

<sup>2146</sup> Os trabalhadores imigrantes que vivam de benefícios da segurança social do país de acolhimento não são considerados, para estes efeitos, como possuindo recursos estáveis e permanentes. Cf. RYSZARD CHOLEWINSKI, *Migrant Workers...*, p. 347.

<sup>2147</sup> RYSZARD CHOLEWINSKI, *Migrant Workers...*, p. 346.

### 2.3.8. Outros instrumentos do Conselho da Europa

Para além do labor jurisprudencial do TEDH, outros organismos do Conselho da Europa têm contribuído para o desenvolvimento de direitos derivados de imigração por força da proteção da unidade familiar. O Comité de Ministros tem adotado alguns instrumentos neste contexto. Embora não sejam vinculativos, o seu papel não é despidendo já que exercem influência junto dos Estados. O primeiro foi uma resolução, em 1978, relativa ao reagrupamento familiar no quadro das migrações de trabalhadores nos Estados-Membros do Conselho da Europa<sup>2148</sup>. Esta resolução consagra o princípio de que o reagrupamento familiar deve ser um instituto reconhecido em todos os Estados-Membros e recomenda aos governos a sua não subordinação a condições que o tornem impossível, autorizando a sua limitação apenas por razões de ordem pública, segurança nacional e bons costumes.

Mais recentemente foi adotada a Recomendação (2002) 4 de 26 março de 2002 sobre o estatuto legal das pessoas admitidas para efeitos de reunificação familiar, que abrange todas as pessoas residentes no território de um Estado-Membro. A Recomendação relembra a importância do reagrupamento familiar, e regula alguns aspetos respeitantes ao estatuto dos membros da família, uma vez entrados no território do Estado-Parte. Para além do mais, consagra o princípio da tomada em consideração do melhor interesse das crianças nesta matéria<sup>2149</sup>.

Cabe ainda lembrar os já referidos vinte princípios diretores sobre os procedimentos a observar pelos Estados-Membros no regresso forçado de estrangeiros em situação irregular<sup>2150</sup>. O princípio 2.2. dispõe que uma decisão de afastamento apenas deve ser levada a cabo se os Estados se certificarem, em face de toda a informação disponível, que uma eventual interferência com o direito à vida privada e familiar da pessoa expulsanda é proporcional e visa um fim legítimo.

Todos estes instrumentos são importantes, pois demonstram a generalização e um comprometimento da parte do Conselho da Europa com a garantia do princípio da proteção da unidade familiar do estrangeiro.

## 2.4. DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

Também o Direito da UE tem contribuído para o reconhecimento de direitos derivados de imigração através da proteção do direito à unidade familiar. Tal como no capítulo precedente, também no que toca ao direito à unidade familiar essa proteção resulta quer do instrumento de proteção dos direitos fundamentais da UE – a CDFUE – quer de vários instrumentos destinados a desenvolver as competências da UE em matéria de política comum de imigração, previstas nos arts. 67.º, n.º2 e 79.º do TFUE. O TJ, por seu turno, desde cedo afirmou o reconhecimento de um direito à unidade familiar dos estrangeiros, ainda que no contexto da liberdade de circulação de cidadãos da UE.

---

<sup>2148</sup> Comité de Ministros, Resolução n.º (78) 33 sobre reagrupamento familiar no quadro das migrações de trabalhadores dos Estados-Membros do Conselho da Europa, 08/06/1978.

<sup>2149</sup> Comité de Ministros, Recomendação (2002) 4 sobre o estatuto legal das pessoas admitidas para efeitos de reunificação familiar, 26/03/2002.

<sup>2150</sup> Comité de Ministros, *Twenty Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on Forced Return*, 04/05/2005.



#### 2.4.1. O direito à unidade familiar como direito fundamental reconhecido pelo direito da UE

##### a) *Jurisprudência do TJ*

Antes da adoção da CDFUE, o TJ já defendia que o respeito pela vida familiar, tal como garantido pelo art. 8.º da CEDH e tal como resulta das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, é um dos princípios e um dos direitos fundamentais reconhecidos pelo Direito Comunitário<sup>2151</sup>. Essas considerações foram tecidas na ampla jurisprudência desenvolvida pelo TJ em matéria de livre circulação dos cidadãos da UE<sup>2152</sup>. Apesar de o direito de entrada e permanência nos territórios dos Estados-Membros, reconhecido aos cidadãos da União e suas famílias, cair fora do âmbito da presente tese, afigura-se importante uma breve referência a essa jurisprudência, que será apenas feita com o intuito de ilustrar a tomada em consideração pelo TJ do direito à preservação da unidade familiar em contexto de mobilidade<sup>2153</sup>.

No caso *Carpenter*, o TJ afirmou o entendimento segundo o qual «excluir uma pessoa de um país onde vivem os seus parentes próximos pode constituir uma ingerência no direito ao respeito da vida familiar», e que «do direito a viver com os familiares chegados» podem decorrer «obrigações para os Estados-Membros, que podem ser negativas, quando são obrigados a não expulsar uma pessoa, ou positivas, quando são obrigados a permitir que uma pessoa entre e resida no seu território»<sup>2154</sup>. O TJ chegou a formular, inclusivamente, um juízo de violação do art. 8.º da CEDH, em face dos vários interesses em presença, concluindo pela existência de uma ingerência ilegítima na vida familiar. A este seguiu-se o caso *MRAX*, referente ao reagrupamento familiar de esposas de cidadãos da UE, em que o TJ voltou a referir a importância do respeito pela vida familiar<sup>2155</sup>. Por seu turno, no Ac. *Comissão c. R.F.A.*, referiu que o direito comunitário reconhecia a importância da garantia da

---

<sup>2151</sup> V., entre muitos outros, e a título de exemplo, o Ac. de 28/10/1975, *Rutili*, proc. 36/75 e o Ac. de 18/05/1989, *Comissão das Comunidades Europeias c. República Federal da Alemanha*, proc. 249/86. As referências à CEDH são múltiplas, em particular no que toca à necessidade de interpretar o Regulamento n.º 1612/68 de 15 de outubro de 1968, relativo à livre circulação dos trabalhadores na Comunidade à luz do respeito pela vida familiar nos termos do art. 8.º CEDH. Sobre este ponto, v. EUGENIA CARACCILO DI TORELLA & ANNICK MASSELOT, “Under Construction: EU Family Law...”, p. 32, SOPHIE GARCIA-JOURDAN, *L’émergence d’un espace européen ...*, p. 35 e ss.

<sup>2152</sup> Nesse contexto, a proteção da unidade familiar dos trabalhadores da UE foi sempre um princípio basilar. Para além das regulamentações de direito ordinário – a Diretiva n.º 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, e o Regulamento (UE) n.º 492/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de abril de 2011, relativo à livre circulação dos trabalhadores na União – o princípio da unidade familiar foi ainda reafirmado noutros contextos. Assim, a Carta Comunitária de Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores de 1989, adotada pelo Conselho Europeu realizado em Estrasburgo a 8 e 9 de dezembro de 1989, que inclui o direito de o trabalhador se fazer acompanhar da sua família no catálogo dos direitos fundamentais dos trabalhadores. Sobre a proteção da unidade familiar no contexto da livre circulação dos cidadãos da UE, v. HENRI LABAYLE, “Le droit de l’étranger...”, p. 518 e ss., GAVIN BARRET, “Family Matters...”, p. 379 e ss., JEAN-YVES CARLIER, “La Circulation de Personnes...”, p. 163 e ss. e, do mesmo autor, “Le devenir de la libre circulation...”, p. 18 e ss., CONSTANÇA URBANO DE SOUSA, “A Diretiva 2004/38/CE...”, p. 642 e ss. e ANA RITA GIL, “Um Caso de Europeização...”, p. 26 e ss.

<sup>2153</sup> Para mais desenvolvimentos sobre a evolução dessa jurisprudência, v. MILENE NYS, *L’Immigration...*, p. 97.

<sup>2154</sup> Ac. de 11/07/2002, *Carpenter*, proc. C-60/00. Ver ainda, no mesmo sentido, o Ac. de 23/09/2003, *Akrich*, proc. C-109/01, o Ac. de 29/04/2004, *Orfanopoulos*, procs. apensos C-482/01 e C-493/01.

<sup>2155</sup> Ac. de 22/07/2002, *MRAX*, proc. C-459/99.

manutenção da unidade familiar dos cidadãos comunitários para se eliminar os obstáculos ao exercício das liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado. Nesse sentido, entendeu que era «pacífico que retirar uma pessoa do país onde vivem os seus parentes próximos pode constituir uma ingerência no direito ao respeito pela vida familiar, tal como é protegido pelo art. 8.º da CEDH, o qual faz parte dos direitos fundamentais que, segundo a jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, são protegidos na ordem jurídica comunitária»<sup>2156</sup>. Por fim, afigura-se ainda importante referir o caso *Chen*, em que o TJ defendeu que o gozo do direito de residência por uma criança de tenra idade implicava necessariamente o direito de essa criança ser acompanhada pela pessoa que efetivamente a tem à sua guarda<sup>2157</sup>.

Por outro lado, é vasta a jurisprudência do TJ sobre a densificação do conceito de ordem pública como limite aos direitos dos cidadãos da UE (livre circulação e unidade familiar incluídos)<sup>2158</sup>. De acordo com esta jurisprudência, que será exposta mais detalhadamente *infra*, a ordem pública só pode ser usada como critério de restrição quando for exclusivamente baseada no comportamento da pessoa em questão, o qual deve constituir uma ameaça real, atual e suficientemente grave que afete um interesse fundamental da sociedade<sup>2159</sup>.

Relembre-se, no entanto, que esta jurisprudência foi desenvolvida no contexto da garantia do direito à liberdade de circulação de cidadãos da UE. Nestes casos, a proteção de um direito de imigração derivou não apenas do reconhecimento do direito fundamental à unidade familiar, mas ainda do reconhecimento do direito fundamental à liberdade de circulação, que tem sido afirmada como o fundamento primeiro para o direito de os cidadãos da UE se reunirem com os membros das suas famílias que sejam nacionais de países terceiros<sup>2160</sup>. Assim, alguns autores defendem que esta jurisprudência não se pode transpor, sem mais, para os casos relativos a matéria de imigração de nacionais de países terceiros<sup>2161</sup>.

Mas apesar de, neste contexto, os direitos derivados de imigração reconhecidos serem, em primeira linha, corolários desse direito à livre circulação, eles não deixam também de ser uma «irradiação do direito fundamental à constituição de família, bem como do direito e dever fundamental de educação e manutenção dos filhos»<sup>2162</sup>. Neste contexto, o TJ invocou várias vezes ser necessário interpretar as normas relativas à liberdade de circulação à luz do art. 8.º da CEDH<sup>2163</sup>. Assim, demonstrou, que no seu entender, o direito de os cidadãos da UE se fazerem acompanhar pelos seus membros da família era também um corolário do direito à unidade familiar, e não apenas do direito à livre circulação. Só que, mesmo aí, a lógica de desenvolvimento do direito foi diferente da do TEDH. De facto, enquanto que o desenvolvimento do direito à unidade familiar do estrangeiro pelo TEDH foi levado a cabo através do mecanismo da proteção derivada, que funciona ainda como um mecanismo de

---

<sup>2156</sup> Ac. de 27/04/2006, *Comissão das Comunidades Europeias v. República Federal da Alemanha*, proc. C-441/02. V. ainda Ac. de 25/07/2008, *Metock*, proc. C-127/08.

<sup>2157</sup> Ac. de 19/10/2004, *Chen*, proc. n.º C-200/02.

<sup>2158</sup> Sobre este tema v. por todos, MARIA LUÍSA DUARTE, *A Liberdade de circulação...*, cit.

<sup>2159</sup> Ac. de 22/05/1980, *Santillo*, proc. 131/79. V. *infra*, Capítulo III, pontos 2.2.2. e 2.2.3.

<sup>2160</sup> Assim, ELSPEETH GUILD, *The Legal Elements...*, p. 95 e STEPHEN LEGOMSKY, “Rationing Family Values...”, p. 827.

<sup>2161</sup> Vários argumentos foram avançados para este entendimento: em primeiro lugar, que o estatuto dos cidadãos da UE era «substancialmente diferente» do dos nacionais de países terceiros. Em segundo lugar, que os Estados-Membros tinham o objetivo de criar um mercado interno para os cidadãos da União, e não para os nacionais de países terceiros. Sobre este ponto, v. KEES GROENENDIJK, “Recent Developments in EU Law ...”, p. 328.

<sup>2162</sup> NUNO PIÇARRA, “Cidadania Europeia...”, p. 192.

<sup>2163</sup> Cf. Ac. *Comissão v. R.F.A.*, cit., Ac. *Carpenter*, cit.

exceção ao princípio-base da soberania estadual, já a proteção da vida familiar dos cidadãos da UE foi desenvolvida como constituindo um elemento inerente a um direito de circulação de que tais cidadãos gozam *prima facie*<sup>2164</sup>.

O TJ protegeu ainda o direito à unidade familiar noutros contextos. Assim, por exemplo, referiu que o indeferimento de um pedido, baseado num Acordo de Associação, para autorização de permanência num Estado-Membro poderia, em algumas circunstâncias, interferir no direito à vida familiar, tal como garantidos pela CEDH<sup>2165</sup>. Assim, mesmo fora do contexto da proteção do direito à livre circulação, o TJ afirmou a importância da proteção da unidade familiar como verdadeiro limite em matéria de imigração.

### ***b) Carta dos Direitos Fundamentais da UE***

A adoção da CDFUE veio significar o reconhecimento pelo direito da UE da proteção da família como valor *a se*, e não apenas como um aspeto lateral de outros direitos, e do qual beneficiam todas as pessoas, sejam elas cidadãos da UE ou de Estados terceiros<sup>2166</sup>. Este aspeto foi reforçado com a atribuição de natureza vinculativa a este instrumento, aquando da adoção do Tratado de Lisboa.

São várias as disposições da CDFUE que fundamentam um direito dos estrangeiros à unidade familiar. Em primeiro lugar, o art. 7.º, de acordo com o qual todas as pessoas têm direito à sua vida privada e familiar, ao seu domicílio e comunicações. O comentário da Rede Europeia de Peritos Independentes em Direitos Fundamentais refere que o respeito pela vida familiar previsto nesta norma assume, primeira, e primordialmente, o direito da família a viver junta (*i.e.*, o direito à unidade familiar)<sup>2167</sup>. Esta disposição é semelhante à do art. 8.º da CEDH, pelo que, nos termos do art. 52.º, n.º3, este direito deve ter o mesmo sentido e âmbito de proteção que o artigo correspondente da CEDH, o que vale para as limitações permitidas ao mesmo<sup>2168</sup>. E, de facto, o objetivo de se adotar uma redação semelhante ao texto da CEDH foi, precisamente, o de evitar incertezas jurídicas e divergências jurisprudenciais<sup>2169</sup>. Isto sem prejuízo, naturalmente, do nível de proteção mais elevada que possa resultar da CDFUE ou de outros instrumentos da UE, por força do art. 52.º, n.º3, da CDFUE<sup>2170</sup>. Neste contexto, importa lembrar que as limitações ao direito terão de respeitar o estatuído no art. 52.º, n.º1 da CDFUE e, assim, respeitar o princípio da legalidade, da proporcionalidade e da necessidade<sup>2171</sup>.

Como garantia de um direito à unidade familiar, cabe mencionar ainda o art. 24.º da Carta, que, inspirando-se directamente na CDC, refere que todas as crianças têm o direito de

---

<sup>2164</sup> Assim, JENS VEDSTED-HANSEN, “Migration and the Right...”, p. 721.

<sup>2165</sup> Ac. de 27/09/2001, *Kondova*, proc. n.º C-235/99.

<sup>2166</sup> CLARE MCGLYNN, “Families and the European Union..”, p. 583, EUGENIA CARACCILO DI TORELLA & ANNICK MASSELOT, “Under Construction: EU Family Law...”, p. 46.

<sup>2167</sup> EU NETWORK OF INDEPENDENT EXPERTS ON FUNDAMENTAL RIGHTS, *Commentary of the Charter...*, p. 86.

<sup>2168</sup> Assim também já o afirmou o TJ no Ac. de 15/11/2011, *Dereci*, proc. C-256/11. Sobre este aspeto, v. ainda HENRI LABAYLE, “La Diversité des Sources ...”, p. 9

<sup>2169</sup> GUY BRAIBANT, *La Charte des Droits Fondamentaux...*, p. 111.

<sup>2170</sup> Assim, também, SOPHIE PEREZ FERNANDES, “Art. 7º - Respeito pela Vida Privada...”, p. 103.

<sup>2171</sup> Sobre este ponto, v. STEVE PEERS, “Immigration, Asylum...” (2001), p. 152.

estabelecer relações pessoais e regulares, bem como contactos directos com ambos os pais, a não ser que isso seja contrário aos seus interesses. O n.º3 desta norma garante, assim, nas palavras de alguns autores, o direito à unidade familiar, na vertente do *direito à convivência*<sup>2172</sup>.

Por seu turno, o art. 3.º determina que a família deve gozar de proteção legal, económica e social. Nesta norma é a *família*, enquanto *instituição*, que é visada. Trata-se da primeira disposição que contém uma referência directa ao papel da UE no que respeita à proteção das famílias *a se*, como entidades a serem protegidas por “direito próprio”<sup>2173</sup>.

Por fim, resta sublinhar que o direito à unidade familiar, derivado das citadas normas da CDFUE, é um direito de titularidade universal<sup>2174</sup>.

No entanto, note-se que também este instrumento não esclarece qual o conceito de família merecedor de proteção<sup>2175</sup>. A jurisprudência do TJ em matéria de livre circulação pode servir de referência neste ponto<sup>2176</sup>. De uma forma geral, contrariamente à abordagem do TEDH, o entendimento do TJ assenta num conceito de família que privilegia as uniões legais e a família biológica<sup>2177</sup>. No entanto, alguns autores consideram que, uma vez que o art. 7.º da CDFUE «corresponde» ao art. 8.º da CEDH, deveria ser dada a mesma interpretação às duas disposições, em conformidade com o art. 52.º, n.º 3 da CDFUE<sup>2178</sup>. Por outro lado, tem-se ainda invocado o preâmbulo da CDFUE, onde se estabelece que o seu escopo é fortalecer a proteção dos direitos fundamentais à luz das mudanças na sociedade e do progresso social<sup>2179</sup>.

A Rede Europeia de Peritos Independentes em Direitos Fundamentais refere que o conceito de «vida familiar varia em diferentes contextos sociais, culturais, religiosos e geográficos, bem como no tempo». “Respeito pela vida familiar” significaria, nas palavras da Rede, «respeito pela diversidade»<sup>2180</sup>. Por fim, alguns autores invocam que, com a separação entre o direito a contrair casamento e o direito a constituir família, a UE pretendeu

---

<sup>2172</sup> ANABELA COSTA LEÃO, “Ac. TC n.º 232/04 (expulsão de estrangeiros...)”, p. 31. Sobre esta norma v. ADELINE GOUTTENNOIR, “Article II – 84 ...”, p. 339.

<sup>2173</sup> CLARE MCGLYNN, “Families and the European Union..”, p. 587.

<sup>2174</sup> Assim, também, JEAN-YVES CARLIER, “La place des ressortissants ...”, p. 192.

<sup>2175</sup> CARLOS PAMPLONA CORTE REAL & JOSÉ SILVA PEREIRA, referem, em comentário ao art. 9.º, que a falta de adoção de um conceito de família na CDFUE acaba por tornar este preceito, nesse ponto, um preceito meramente remissivo para as legislações nacionais, «fazendo sobrelevar o respeito pela diversidade sociocultural dos Estados integrantes do espaço europeu». Afirmam, no entanto, que «com isso, o art. 9.º parece renunciar à deteção de um conteúdo material para os direitos *fundamentais em causa*». Cf. “Art. 9.º - Direito de Contrair Casamento...”, p. 135. Considerando, pelo contrário, que a CDFUE não poderia consagrar um conceito de família fixo, v. ANA LUÍSA RIQUITO, “O Conteúdo da Carta...”, p. 66.

<sup>2176</sup> Não cabe aqui proceder a uma análise exaustiva dessa jurisprudência, que já se afastaria do âmbito da presente tese. No entanto, sempre se poderá adiantar que TJ começou por adotar um conceito de família restrito, tendo optado, durante anos, por um conceito de família «tradicional» baseado no casamento (v., assim, o célebre Ac. de 17/04/1986, *Reed*, proc. n.º 59/85, e ainda os Ac. de Ac. de 13/02/85, *Diatla*, proc. n.º 267/83, de 17/02/1998, *Grant*, proc. n.º C-249/96, e de 31/05/2001, *D c. Conselho* proc. n.º C-122/99 e C-125/99). Uma abertura maior já foi demonstrada no Ac. de 22/07/2000, *Eyup*, proc.n.º C-65/98. Para mais desenvolvimentos, v. CLARE MCGLYNN, “Families and the European Union...”, p. 589 e ss.

<sup>2177</sup> Assim, HELEN STALFORD, “Concepts of Family...”, p. 413.

<sup>2178</sup> CLARE MCGLYNN, “Families and the European Union...”, p. 588 e SOPHIE PEREZ FERNANDES, “Art. 33º - Vida Familiar...”, p. 392.

<sup>2179</sup> CLARE MCGLYNN, “Families and the European Union...”, p. 588.

<sup>2180</sup> EU NETWORK OF INDEPENDENT EXPERTS ON FUNDAMENTAL RIGHTS, *Commentary of the Charter...*, p. 86.

modernizar o conceito de família<sup>2181</sup>. Todos estes dados permitem considerar que, de facto, o conceito de família da UE, após a adoção da Carta, se abrirá paulatinamente a novas concepções.

Os vários instrumentos de direito ordinário da UE com incidência na família delimitam o seu âmbito de proteção e, por isso, o conceito de família adoptado para os seus efeitos. O conceito de família da UE pode, assim, variar de acordo com a matéria em causa<sup>2182</sup>. Vejamos de que forma os instrumentos adoptados especificamente em matéria de política de imigração protegem direitos derivados de imigração por força da unidade familiar.

#### **2.4.2. Diretiva sobre reagrupamento familiar de nacionais de países terceiros**

A manifestação mais ilustrativa da proteção derivada, pelo direito da UE, de um direito de imigração por força da proteção do direito à unidade familiar é a que deriva da adoção da Diretiva especificamente destinada à garantia de um direito ao reagrupamento familiar por parte de nacionais de Estados terceiros – a Diretiva 2003/86/CE do Conselho, de 22 de setembro de 2003. É esse instrumento que nos propomos analisar de seguida.

##### ***a) Antecedentes***

A Diretiva sobre Reagrupamento Familiar foi adotada com base no art. 63.º, n.º 3, a) do TCE, que possibilitava a adoção pela Comunidade de medidas sobre política de imigração, nomeadamente «sobre condições de entrada e residência (...) para efeitos de reagrupamento familiar»<sup>2183</sup>.

A primeira tentativa de regular o reagrupamento familiar dos estrangeiros na UE remonta a 1985, data em que a Comissão adotou uma decisão que visava a instauração de um procedimento de comunicação prévia e de concertação sobre as políticas migratórias em relação a terceiros países. Porém, nessa época, as condições que fizeram surgir a necessidade de regulação comunitária da imigração ainda não se faziam sentir com premência, e os Estados-Membros consideravam que a matéria em causa era reservada à soberania nacional, tendo-se assim oposto à adoção dessas medidas. Na era Maastricht o assunto voltou a ser discutido, tendo sido adotada a resolução sobre harmonização das políticas nacionais sobre reagrupamento familiar, sufragada em Copenhaga, a 1 e 2 de junho de 1993<sup>2184</sup>, pelos ministros europeus responsáveis pelas matérias relativas à imigração. Este instrumento

---

<sup>2181</sup> ANABELA COSTA LEÃO, “A Carta dos Direitos Fundamentais...”, p. 46.

<sup>2182</sup> São vários os domínios em que a legislação da UE adota um «conceito de família», como seja a liberdade de circulação de trabalhadores, segurança social, ou igualdade de oportunidades entre homem e mulher. Para uma análise mais detalhada sobre o conceito de família do direito da UE, v. HELEN STALFORD, “Regulating Family Life...”, p. 41 e ss., EUGENIA CARACCIOLO DI TORELLA & EMILY REID, “The changing shape...”, p. 80 e ss., CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, “Las Uniones Matrimoniales...” p. 73 e ss., EUGENIA CARACCIOLO DI TORELLA & ANNICK MASSELOT, “Under Construction: EU Family Law...”, p. 33 e ss.

<sup>2183</sup> Esta matéria era da competência concorrente entre a Comunidade e os Estados-Membros, já que o art. 63.º, subp. 2 do TCE, estipulava que as medidas comunitárias sobre reagrupamento familiar não impediam os Estados de manter ou introduzir, no domínio em causa, disposições nacionais compatíveis com o TCE.

<sup>2184</sup> SN 2828/1/93 WGI 1497. Sobre este ponto, v. GISBERT BRINKMANN, “Family Reunion, Third Country Nationals...”, p. 250.

apresentava, porém, bastantes limitações. Por um lado, não reconhecia propriamente um direito ao reagrupamento familiar. Por outro lado, o seu campo de aplicação era restrito, não abrangendo os imigrantes admitidos por um período de tempo certo, e, por outro, o conceito de família adotado limitava-se ao cônjuge e filhos dependentes menores até a um limite de 16 ou 18 anos. Por fim, previa medidas que deixavam bastante margem de discricionariedade aos Estados<sup>2185</sup>, que a tornaram um instrumento pouco harmonizador e que acabou por permitir aos Estados manter as suas políticas de imigração isoladas<sup>2186</sup>.

Em 1997, a Comissão propôs uma Convenção<sup>2187</sup> sobre a admissão de nacionais de países terceiros, que previa um embrião de direito ao reagrupamento familiar, mas que não produziu qualquer resultado prático<sup>2188</sup>.

Com o Tratado de Amesterdão, a comunitarização das matérias respeitantes às políticas de asilo e imigração, veio permitir lançar a esperança de uma possível adoção de medidas de harmonização em matéria de imigração. O quadro normativo estava montado, faltava apenas delinear os objetivos políticos. Pouco depois da sua entrada em vigor, o Conselho Europeu afirmou em Tampere que a União Europeia devia garantir um tratamento justo aos nacionais de terceiros países que residiam legalmente no território dos Estados-Membros, devendo conceder-lhes direitos e obrigações comparáveis aos dos cidadãos da UE<sup>2189</sup>. Este foi o impulso motivador que levou a Comissão a apresentar uma proposta de Diretiva sobre o direito ao reagrupamento familiar<sup>2190</sup>. Esta proposta foi modificada em 2000, após parecer do Parlamento Europeu<sup>2191</sup>.

A Diretiva sobre o direito ao reagrupamento familiar foi adotada em 2003, após três anos de negociações, e entrou em vigor a 3 de novembro de 2003. Como foi aprovada através do procedimento então previsto no art. 67.º do TCE, mediante decisão unânime do Conselho, sob proposta da Comissão e após consulta do Parlamento, as negociações foram difíceis, pelo que o resultado final ficou bastante aquém do objetivo inicial de reconhecer e harmonizar o exercício de um direito ao reagrupamento familiar. De facto, a Diretiva desenhou um direito assente no *mínimo denominador comum* das políticas dos Estados-

---

<sup>2185</sup> Desde logo, a possibilidade de os Estados-Membros determinarem a necessidade de o imigrante residir no território durante um certo período de tempo antes de poder requerer o reagrupamento familiar, não sendo imposto aos Estados-Membros qualquer limite máximo de fixação desse período de espera.

<sup>2186</sup> RYSZARD CHOLEWINSKI, “Family Reunification...” p. 265. Para mais desenvolvimentos, v. ainda, do mesmo autor, *Migrant Workers...*, p. 351.

<sup>2187</sup> Proposta de ato do Conselho que estabelece a Convenção relativa às regras de admissão de nacionais de países terceiros nos Estados-membros, COM (97) 387 final, de 30/07/1997.

<sup>2188</sup> Sobre este ponto, v., em detalhe, KAY HAILBRONNER, *Immigration and Asylum...*, p. 261 e ss.

<sup>2189</sup> Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Tampere, de 15 e 16 de outubro de 1999.

<sup>2190</sup> Proposta de Diretiva do Conselho relativa ao direito ao reagrupamento familiar, COM (1999) 638 final, de 01/12/1999. Para mais desenvolvimentos sobre os antecedentes da adoção da Diretiva, v. GIBERT BRINKMANN, “Family Reunion, Third Country Nationals...”, p. 250 e ss. e STEVE PEERS & NICOLA ROGERS, *EU Immigration...*, p. 578.

<sup>2191</sup> Sobre os trabalhos preparatórios da Diretiva, v. PIETER BOELES, “Directive on Family Reunification ...”, p. 61 e ss., RICHARD CHOLEWINSKI, “Family Reunification and Conditions...”, p. 271 e ss., ELSPETH GUILD, *The Legal Elements...*, p. 109 e ss., e SOPHIE GARCIA-JOURDAN, *L’émergence d’un espace européen ...*, p. 306 e ss., STEVE PEERS & NICOLA ROGERS, *EU Immigration...*, p. 580 e ss.

Membros<sup>2192</sup>, repleto de cláusulas opcionais e derogatórias, que demonstram que a Diretiva acabou por falhar o seu objetivo inicial de harmonização.

### ***b) Objeto***

O reagrupamento familiar é definido na Diretiva como a entrada e residência num Estado-Membro pelos membros da família de um nacional de país terceiro que aí resida legalmente, com o objetivo de preservar a unidade familiar, independentemente de a relação familiar se ter formado antes ou depois a entrada do residente no território. Isto significa, assim, que os Estados não podem distinguir entre proteção de *reagrupamento familiar* e proteção de *formação familiar*<sup>2193</sup>.

A Diretiva visa apenas criar *condições mínimas* para o reagrupamento familiar (assim, os ns.º4 e 5 do art. 3.º, que estabelecem que as regras da Diretiva não prejudicam as disposições mais favoráveis de direito internacional ou do direito interno). Assim, os Estados-Membros estão livres de fixar um nível de proteção mais elevado, se assim o desejarem. Podem, inclusivamente, estar obrigados a conferir um nível de proteção mais elevado, se isso resultar das suas imposições constitucionais ou dos instrumentos internacionais de que são parte. O próprio TJ teve ocasião de o afirmar, no célebre caso de anulação da Diretiva, proposto pelo Parlamento Europeu contra o Conselho<sup>2194</sup>. Não obstante, não se estabeleceu uma cláusula «standstill» geral, no sentido de evitar que os Estados-Membros baixassem o nível de proteção já garantido pelas suas legislações, pela força de introdução de regras pela Diretiva eventualmente menos exigentes<sup>2195</sup>.

### ***c) Âmbito de aplicação subjetivo***

A Diretiva aplica-se aos nacionais de Estados terceiros que residam legalmente na União Europeia e aos refugiados que pretendam o reagrupamento familiar no interior de um Estado-Membro<sup>2196</sup>, mesmo que estes não se desloquem de um Estado-Membro para

---

<sup>2192</sup> Assim, JOSÉ MANUEL CORTÉS MARTÍN, “Inmigración Y Derecho a la reunificación...”, p. 46, e NUNO PIÇARRA, “O espaço de liberdade, segurança e justiça após a assinatura do Tratado...”, p. 50-51, que aponta inclusivamente tratar-se de um mal comum aos vários instrumentos adotados com base no Tít. IV TCE.

<sup>2193</sup> HELEN OOSTEROM-STAPLES, “The Family Reunification...”, p. 462. Isto mesmo foi confirmado pelo TJ no Ac. de 04/03/2010, *Chakroun*, proc. n.º C-578/08.

<sup>2194</sup> Ac. de 27/06/2006, *Parlamento Europeu c. Conselho*, proc. n.º C-540/2003.

<sup>2195</sup> Uma cláusula semelhante foi discutida nos trabalhos preparatórios. Sobre este ponto, v. STEVE PEERS & NICOLA ROGERS, *EU Immigration...*, p. 598.

<sup>2196</sup> De acordo com o objetivo do nosso estudo, analisaremos apenas o regime jurídico da Diretiva no que diz respeito ao reagrupamento familiar dos imigrantes, mas já não dos refugiados, que beneficiam de um regime mais favorável.

outro<sup>2197</sup>. Apesar da proposta inicial, a Diretiva não se aplica ao reagrupamento familiar dos cidadãos que não tenham usado a liberdade de circulação<sup>2198</sup>.

No que toca aos membros da família que podem ser admitidos para efeitos de reagrupamento, a Diretiva distingue entre os membros da família que *devem* ser admitidos e os que *podem* ser admitidos. Isso implica que os beneficiários de reagrupamento familiar possam variar de Estado para Estado. A Comissão justificou a adoção de um conceito obrigatório e de um conceito facultativo com a diversidade das legislações nacionais na matéria. Os membros da família que *devem* ser admitidos para efeitos de reagrupamento familiar limitam-se ao cônjuge e aos filhos menores, do requerente ou do cônjuge, incluindo os adotados<sup>2199</sup>. Adotou-se, assim, o conceito de família nuclear<sup>2200</sup>. Esta restrição tem sido criticada por alguns autores, que consideram que permite discriminações em razão da orientação sexual ou mesmo da cultura, por deixar de fora as famílias alargadas, que correspondem ao conceito de família em vigor em alguns países de origem<sup>2201</sup>.

No entanto, no que toca ao conceito de cônjuge, o mesmo deve englobar os cônjuges do mesmo sexo, já que essa é a única leitura compatível com o considerando 5, que dispõe que os Estados devem dar execução à Diretiva sem discriminação com base na orientação sexual. Estão, porém, excluídos os cônjuges de casamentos poligâmicos, já que o residente apenas pode residir no Estado-Membro com apenas um cônjuge (art. 4.º, n.º4). Por outro lado, os Estados-Membros podem exigir que o cônjuge tenha uma idade mínima antes de se poder reunir ao requerente do reagrupamento. A escolha da idade é discricionária, embora não possa ser superior a 21 anos. O objetivo desta medida foi duplo: por um lado, assegurar uma melhor integração no país e, por outro, prevenir os casamentos forçados<sup>2202</sup>.

No que respeita aos filhos, a Diretiva exclui o reagrupamento dos filhos casados. Por seu turno, no que toca aos filhos de pais divorciados, apenas se admite o reagrupamento se o requerente tiver a guarda dos mesmos. Nos casos de guarda partilhada, será necessário o consentimento do outro progenitor. No que toca aos filhos de relações poligâmicas, os Estados podem excluir o reagrupamento daqueles cujas mães não foram admitidas a entrar

---

<sup>2197</sup> A Diretiva aplica-se a todos os nacionais de países terceiros que não sejam familiares de nacionais de Estados-Membros da UE, mesmo que abrangidos por outros Tratados, celebrados pela própria UE (como os acordos de associação) ou pelos Estados-Membros. Sobre este ponto, v. STEVE PEERS & NICOLA ROGERS, *EU Immigration...*, p. 576 e 590 e ss.

<sup>2198</sup> Esta exclusão tem sido alvo de várias críticas por parte da doutrina, pelo facto de deixar desprotegidos os cidadãos da UE que não exerçam o direito de livre circulação, uma vez que para estes não há qualquer regulamentação da UE no que toca ao exercício do reagrupamento familiar para os membros da família que sejam nacionais de países terceiros. Sobre esta problemática, v., entre outros, HELEN OOSTEROM-STAPLES, “The Family Reunification...”, p. 458.

<sup>2199</sup> Neste caso, as crianças em processo de confiança a adultos de acordo com os costumes locais podem ser admitidas se o Estado de origem atribuir a essa situação os mesmos efeitos reconhecidos à adoção.

<sup>2200</sup> A proposta inicial da Comissão concedia este direito também aos membros da família alargada, tal como se encontra garantido pela Diretiva 2004/38/CE. Cf. Proposta de Diretiva do Conselho relativa ao direito ao reagrupamento familiar, COM (1999) 638 final, de 01/12/1999.

<sup>2201</sup> Assim, STEVE PEERS, *EU Justice and Home Affairs...*, p. 472.

<sup>2202</sup> Sobre este ponto, v., ainda, entre nós, NUNO DE LEMOS JORGE, “A Diretiva 2003/86/CE ...”, p. 133 HELEN OOSTEROM-STAPLES, “The Family Reunification...”, p. 463. Esta disposição encontra-se em revisão. Cf. *Livro verde relativo ao reagrupamento familiar dos nacionais de países terceiros que vivem na União Europeia* (COM(2011) 735 final, de 15/11/2011, p. 3.



no território a título de reagrupamento<sup>2203</sup>. Não obstante, o Estado deve ter em conta o melhor interesse das crianças, como exige o art. 5.º, n.º5 (e, como aliás, o imporia um respeito total pela CDC), o que pode ter especial relevância no que toca a decidir da entrada de filhos de casamentos poligâmicos.

Para além desta restrição à entrada de filhos menores, a Diretiva estabelece outras duas restrições que foram alvo de muitas críticas e inclusivamente fundamentaram a ação de anulação da Diretiva, promovida pelo Parlamento contra o Conselho. Trata-se, desde logo, do art. 4.º, n.º1, último parágrafo, que permite aos Estados introduzirem restrições à entrada de crianças com mais de 12 anos que cheguem independentemente da família, no sentido de verificarem se cumprem os critérios de integração previstos na sua legislação. Esta disposição está sujeita à chamada cláusula «*standstill*», nos termos da qual semelhante disposição é apenas admitida para os Estados-Membros que tenham uma disposição semelhante em vigor no momento da adoção da Diretiva<sup>2204</sup>. No mesmo sentido, nos termos do n.º 6 do art. 4.º, os Estados-Membros podem exigir que os pedidos relativos a filhos menores tenham de ser apresentados antes de completados 15 anos, se tal for previsto na respetiva legislação nacional em vigor à data de transposição da Diretiva<sup>2205</sup>. Para além de terem sido alvo da referida ação de anulação, estas disposições foram alvo de várias críticas por parte da doutrina. De facto, as disposições referidas levantam problemas de respeito da CDC que, como vimos, se opõe a que o reagrupamento de filhos menores esteja sujeito a condições demasiado exigentes. Para além do mais, é duvidosa a adequação da aplicação de tais medidas ao fim de promoção da integração no país de acolhimento, para além de as mesmas poderem ser impraticáveis, uma vez que as medidas de integração teriam de ser adotadas no país de origem das crianças<sup>2206</sup>. Por fim, tais medidas podem ainda, como lembra CONSTANÇA URBANO DE SOUSA, violar o princípio da proibição da discriminação em razão da idade<sup>2207</sup>. STEVE PEERS & NICOLA ROGERS referem que os limites de idade previstos para as categorias de familiares são até contraditórios, já que, por um lado, se assume que a partir dos 12 anos se pode ser já demasiado velho para a integração no país de acolhimento mas, por outro lado, permite-se que até aos 21 anos se possa considerar que as pessoas são ainda demasiado jovens para decidirem contrair casamento<sup>2208</sup>.

---

<sup>2203</sup> A proposta inicial previa que a entrada e residência dos filhos de outro cônjuge pudesse ser autorizada se o melhor interesse da criança assim o exigisse.

<sup>2204</sup> Esta disposição foi adotada por exigência da Alemanha, que possuía uma disposição de teor idêntico no art. 32.º, §2 da lei de imigração (*Zuwanderungsgesetz*) de 20 de junho de 2002, disposição que foi entretanto declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão. Cf. Ac. de 18/12/2002, 2 BvF 1/02.

<sup>2205</sup> O Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre a aplicação da Diretiva 2003/86/CE relativa ao Direito ao Reagrupamento Familiar (COM (2008) 610 final, de 08.10.2008) refere que nenhum Estado-Membro adotou esta restrição. Como se tratava de uma cláusula de manutenção do *status quo*, é agora proibido introduzi-la no direito nacional. Cf. p. 6. Esta disposição encontra-se em revisão. Cf. Livro verde..., p. 4. Sobre a aplicação da Diretiva na prática v. ainda o estudo comparativo de TINEKE STRIK, BETTY DE HART & HELEN NISSEN, *Family Reunification: a barrier or facilitation...*

<sup>2206</sup> ELSPETH GUILD, *The Legal Elements...*, p. 114. Já em sentido diverso, FABIO MACRÌ, “La Corte di giustizia sul diritto al ricongiungimento familiare...”, p. 813. Este autor, porém, critica a restrição prevista para as crianças com mais de 15 anos, por, no seu entender, permitir que as mesmas possam ser excluídas *tout court* do reagrupamento familiar, independentemente das circunstâncias do caso concreto.

<sup>2207</sup> Assim, CONSTANÇA URBANO DE SOUSA, “Le regroupement familial...”, p. 137.

<sup>2208</sup> STEVE PEERS & NICOLA ROGERS, *EU Immigration...*, p. 595. No Ac. de 17/07/2014, *Marjan Noorzia*, proc. n.º C-338/13, o TJ decidiu que a Diretiva não se opõe a uma regulamentação nacional que exige que os cônjuges e os parceiros registados *já tenham cumprido a idade de 21 anos* no momento da apresentação do pedido para

Outros familiares podem ser admitidos, com base no n.º 2 do art. 4.º, entre os quais os ascendentes e os filhos maiores a cargo «por motivos de saúde», bem como quem «mantenha com o requerente do reagrupamento uma relação estável e duradoura e devidamente comprovada (...) ou uma união de facto registada», e os descendentes destes.

Neste ponto, pois, a UE adotou o modelo de família tradicional, o que nos parece duplamente incoerente. Em primeiro lugar, esta solução não reflete os sistemas nacionais nem os instrumentos internacionais que tratam os casais casados e unidos de facto da mesma forma, como é exemplo a jurisprudência do TEDH sobre o art. 8.º da CEDH<sup>2209</sup>. Em segundo lugar, esta solução é mais restritiva do que a prevista por outras regulações da UE, como a prevista na Diretiva 2004/38/CE para o reagrupamento de familiares de cidadãos da UE<sup>2210</sup>, bem como as adotadas por vários instrumentos emanados no contexto da política europeia de asilo<sup>2211</sup>.

Desde logo, em vários pontos, o Direito da UE estabelece para os cidadãos da UE um regime mais favorável<sup>2212</sup>. Não obstante, o TEDH já teve oportunidade de se pronunciar sobre um tratamento mais favorável dos cidadãos da UE em matéria de liberdade de circulação, considerando que esse tratamento preferencial se baseia em critérios objetivos e razoáveis, uma vez que a UE constitui uma ordem jurídica específica, possuindo inclusivamente uma cidadania própria<sup>2213</sup>. Não obstante, há que ter em conta o compromisso

---

poderem ser considerados membros da família elegíveis para efeitos de reagrupamento. Sobre este ponto, v. GEORGIOS MILIOS, “Family Reunification...”, p. 127 e ss.

<sup>2209</sup> CONSTANÇA URBANO DE SOUSA, “Le regroupement familial...”, p. 133 e HELEN OOSTEROM-STAPLES, “The Family Reunification...”, p. 469. Nesse sentido, as autoras invocam o art. 44.º, n.º2 da Convenção das Nações Unidas para a Proteção de todos os Trabalhadores Migrantes e Membros das suas Famílias. Devido a estas soluções, a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa entendeu dirigir uma Recomendação ao Conselho de Ministros, no sentido de os Estados-Membros adotarem um conceito amplo de família, assente sobretudo em critérios de facto. V. Recomendação 1686 (2004), sobre mobilidade humana e direito ao reagrupamento familiar, de 17/06/2005.

<sup>2210</sup> Sobre a jurisprudência do TJ sobre o conceito de família adotado no âmbito da liberdade de circulação de cidadãos da UE v., entre outros, MILÈNE NYS, *L’Immigration...*, p. 358 e ss.

<sup>2211</sup> Assim, o art. 15.º, n.º1 da Diretiva 2001/55/CE do Conselho, de 20 de julho de 2001, relativa a normas mínimas em matéria de concessão de proteção temporária no caso de afluxo maciço de pessoas deslocadas, que se aplica quer a casais casados quer a unidos de facto, e o art. 2.º (h) da Diretiva 2004/83/CE do Conselho, de 29 de abril de 2004, que estabelece normas mínimas relativas às condições a preencher por nacionais de países terceiros ou apátridas para poderem beneficiar do estatuto de refugiado ou de pessoa que, por outros motivos, necessite de proteção internacional.

<sup>2212</sup> Nos termos da Diretiva 2004/38/CE, são considerados «membro da família» não só o cônjuge, como ainda o parceiro com quem um cidadão da União contraiu uma parceria registada com base na legislação de um Estado-Membro (se a legislação do Estado-Membro de acolhimento considerar as parcerias registadas como equiparadas ao casamento), os descendentes diretos com menos de 21 anos de idade ou que estejam a cargo do reagrupante, assim como os do cônjuge ou do parceiro, os ascendentes diretos que estejam a seu cargo, assim como os do cônjuge ou do parceiro. Para além disso a Diretiva dispõe que o Estado-Membro de acolhimento facilita, nos termos da sua legislação nacional, a entrada e a residência de qualquer outro membro da família, independentemente da sua nacionalidade, que, no país do qual provenha, esteja a cargo do cidadão da União que tem direito de residência a título principal ou que com este viva em comunhão de habitação, ou quando o cidadão da União tiver imperativamente de cuidar pessoalmente do membro da sua família por motivos de saúde graves, bem como o parceiro com quem o cidadão da União mantém uma relação permanente devidamente certificada. Na ampla jurisprudência do TJ sobre igualdade de tratamento em matéria de segurança social adotou-se também um conceito vasto de membros da família. V., sobre este ponto, HELEN TONER, *Partnership Rights, Free Movement...* e STEVE PEERS, *EU Justice and Home Affairs...*, p. 426.

<sup>2213</sup> Assim, as dec. no caso *Moustaquim* e no caso *C. c. Bélgica*. Criticando esta jurisprudência, STEVE PEERS, refere que a mesma pode implicar que seja dada aos Estados-Membros carta branca para justificar qualquer forma de

feito pelos Estados-Membros no Conselho Europeu de Tampere, no sentido de pugnar por um tratamento justo dos nacionais de países terceiros, através da concessão de direitos e obrigações comparáveis às dos Estados-Membros<sup>2214</sup>. A Comissão reiterou este objetivo no preâmbulo da proposta inicial da Diretiva 2003/86/CE<sup>2215</sup>, bem como na Comunicação ao Conselho e Parlamento Europeu (PE) relativa a uma Política da Comunidade em matéria de Imigração<sup>2216</sup>. Ora, esta diferença de tratamento encontra justificação no facto de o reagrupamento familiar dos cidadãos da UE ser um corolário não só do direito à unidade familiar, como ainda da livre circulação de pessoas. Pode compreender-se, por isso, a previsão de condições mais favoráveis para o *exercício* do direito ao reagrupamento familiar no que toca aos cidadãos da UE, mas não se compreende tal diferenciação no que toca à previsão de *diversos conceitos de família*, tanto mais que não corresponde a qualquer distinção de base sociológica. Para além disso, e como já tivemos ocasião de escrever, a UE decidiu consagrar o direito ao respeito pela vida familiar e a proteção da família no seu mais recente instrumento de defesa dos direitos fundamentais – a CDFUE – que representa um compromisso claro que a UE deveria honrar, em todas as situações e para todas as famílias – comunitárias ou “terceiras”<sup>2217</sup>. O conceito de família adotado pela Diretiva encontra-se, porém, em revisão, tendo a Comissão Europeia questionado os Estados-Membros se «as normas sobre os membros da família elegíveis são adequadas e suficientemente flexíveis para ter em conta as definições de família existentes diferentes da família nuclear»<sup>2218</sup>.

Os familiares não mencionados na Diretiva podem, ainda assim, ser admitidos, já que a mesma não proíbe os Estados-Membros de introduzirem disposições mais favoráveis.

#### ***d) Condições de exercício***

A Diretiva sujeita o requerente a várias condições para poder exercer o direito ao reagrupamento familiar<sup>2219</sup>.

Desde logo, este necessita de ser titular de autorização de residência válida por um ano e de perspectivas de obtenção de residência permanente (art. 3.º, n.º1). A doutrina questiona-se sobre o que se pretende significar com «perspectivas de obtenção da residência permanente», uma vez que dos trabalhos preparatórios não resultam indícios sobre isso<sup>2220</sup>. STEVE PEERS considera que esse requisito viola o princípio da clareza<sup>2221</sup>, e defende que significa a

---

tratamento desigual entre nacionais e não nacionais de outros Estados-Membros em relação a outros direitos consagrados pela CEDH. Cf. STEVE PEERS, “Family Reunion...”, p. 164.

<sup>2214</sup> Concl.18.

<sup>2215</sup> COM (1999) 638 final, §3.

<sup>2216</sup> Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu relativa a uma Política da Comunidade em matéria de Imigração, COM (2000) 757 final, de 22/11/2000.

<sup>2217</sup> ANA RITA GIL, “Um Caso de Europeização...”, p.40.

<sup>2218</sup> *Livro Verde...*, p. 4.

<sup>2219</sup> Sobre este ponto v., em detalhe, RICHARD CHOLEWINSKI, “Family Reunification and Conditions...”, p. 271 e ss.

<sup>2220</sup> Do comentário referente à proposta modificada da Diretiva e apresentada em 2002 decorre que se pretendeu excluir do regime pessoas que estariam no país apenas temporariamente ou com um título não renovável. Esta disposição encontra-se em revisão. Cf. *Livro verde...*, p. 3.

<sup>2221</sup> STEVE PEERS, *EU Justice and Home Affairs...*, p. 472.

aquisição do estatuto de residente de longa duração, ou nos termos da Diretiva 2003/109/CE, ou nos termos de um regime nacional mais favorável<sup>2222</sup>. No entanto, esta interpretação afigura-se-nos demasiado restritiva, pois deixa de fora as pessoas que, de acordo com o regime de alguns Estados-Membros<sup>2223</sup>, possuem autorizações de residência limitadas no tempo, apesar de renováveis e a quem, por isso e pelo facto de poderem passar longos períodos de residência no Estado-Membro ao abrigo das sucessivas renovações, deveria ser reconhecido um direito ao reagrupamento familiar.

Para que o requerente possa ser beneficiário do reagrupamento, são ainda exigidos posse de recursos estáveis, regulares e suficientes para manutenção da família, alojamento considerado normal<sup>2224</sup> e seguro de saúde<sup>2225</sup> (art. 7.º, n.º1). Merece especial referência o requisito relativo aos recursos económicos. Esta exigência visa que o reagrupante e sua família não constituam uma sobrecarga para o sistema de segurança social do país de acolhimento<sup>2226</sup>. Assim, os recursos devem ser suficientes para manter o requerente e a família, sem necessidade de recurso à segurança social do Estado de acolhimento<sup>2227</sup>. No entanto, no caso *Chakroun*, o TJ referiu que este requisito não podia ser interpretado de forma rígida<sup>2228</sup>. Nesse sentido, referiu que a expressão «recorrer ao sistema de assistência social» seria incompatível com uma regulamentação que não autorizasse o reagrupamento a um requerente que, provando embora dispor de recursos estáveis, regulares e suficientes, pudesse vir a recorrer à assistência especial em caso de despesas particulares e individualmente determinadas, necessárias à sua subsistência, ou a outras medidas de apoio para comprovar o preenchimento das mencionadas condições<sup>2229</sup>. Por outro lado, firmou o entendimento de que, na análise de todos os requisitos relativos aos rendimentos, é necessário ter em conta o respeito pelo princípio da proporcionalidade. O TJ sublinhou que «os Estados-Membros podem indicar um certo montante como valor de referência, mas não no sentido de que podem impor um valor de rendimento mínimo abaixo do qual qualquer reagrupamento familiar seja recusado, sem que seja realizado um exame concreto da situação de cada requerente». O princípio da proporcionalidade deve ser usado, assim, no que toca a

---

<sup>2222</sup> Cf. “Family Reunion...”, p. 179.

<sup>2223</sup> Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre a aplicação da Diretiva 2003/86/CE..., p. 4.

<sup>2224</sup> HELEN OOSTEROM-STAPLES refere que os Estados devem ter em consideração os regulamentos em matéria de saúde e segurança em vigor em geral. Por outro lado, devem ter em consideração a situação socioeconómica do requerente e o número de familiares que passarão a viver no alojamento. Cf. “The Family Reunification...”, p. 472. V. ainda JULIEN HARDY, “The Objective of Directive 2003/86...”, p. 447.

<sup>2225</sup> O seguro de saúde deve cobrir todos os riscos normalmente cobertos para os nacionais. Assim, HELEN OOSTEROM-STAPLES, “The Family Reunification...”, p. 473.

<sup>2226</sup> PIETER BOELES defende que a Diretiva devia prever uma exceção a este requisito, em casos de «força maior». Cf. “Directive on Family Reunification ...”, p. 69.

<sup>2227</sup> Não obstante, note-se que a Diretiva não exige que os recursos provenham da atividade económica do requerente. Assim, HELEN OOSTEROM-STAPLES, defende ser elegível para o pedido de reagrupamento familiar o rendimento derivado de uma pensão de reforma, seja do Estado de origem, seja do Estado de acolhimento. Assim, “The Family Reunification...”, p. 473.

<sup>2228</sup> Ac. de 04/03/2010, *Chakroun*, proc. n.º C-578/08. Assim, também no Ac. de 06/12/2012, *O. e S.*, proc. n.º C-356/11 e C-357/11.

<sup>2229</sup> Para mais detalhes sobre este entendimento, v. JULIEN HARDY, “The Objective of Directive 2003/86...”, p. 446.

averiguar da suficiência, e ainda, acrescentamos nós, da *regularidade* dos rendimentos<sup>2230</sup>. Por outro lado, alguma doutrina refere que, se bem que da redação do art. 7.º decorre que os Estados apenas devem ter em consideração os rendimentos do reagrupante, na verdade podem ainda tomar em consideração os rendimentos dos familiares<sup>2231</sup>. No nosso entender, essa interpretação é imposta por uma leitura do requisito à luz do princípio da proporcionalidade.

Nos termos do art. 7.º, n.º2, os Estados podem exigir o cumprimento de medidas de integração<sup>2232</sup>. Vários Estados introduziram semelhantes medidas, como a exigência de conhecimentos básicos da língua, a frequência de cursos de educação cívica ou similares. Algumas medidas aplicam-se antes da entrada dos familiares no território, outras apenas depois<sup>2233</sup>. Estas medidas justificam-se com a necessidade de facilitar a integração dos membros da família. Mais uma vez, a sua admissibilidade está condicionada pela necessidade de prosseguirem este objetivo e respeitarem o princípio da proporcionalidade<sup>2234</sup>. Assim, o Comité Europeu de Direitos Sociais veio já referir que as condições de integração que sejam impostas antes da entrada no território e produzam efeitos automáticos, não podem ser consideradas como elementos que facilitam a integração, mas sim como obstáculos ao reagrupamento, podendo traduzir-se em violação da CSE<sup>2235</sup>. Num recente julgamento, o TJ decidiu que os Estados-Membros podem exigir a aprovação num exame de integração cívica, mesmo implicando o pagamento de diversos encargos, antes de autorizar a entrada e a residência dos familiares no seu território. No entanto, tal como no caso *Chakroun*, sublinhou que tais requisitos não podiam tornar impossível ou excessivamente difícil o exercício do direito ao reagrupamento familiar<sup>2236</sup>. No caso em presença, uma vez que as condições exigidas não permitiam a tomada em consideração de circunstâncias especiais que objetivamente impedissem que os interessados pudessem ser aprovados nesse exame (como a idade, iliteracia, estado de saúde ou situação económica), e na medida em que fixavam o montante dos encargos do exame num nível demasiado elevado, foram consideradas como tornando «impossível ou excessivamente difícil o exercício do direito ao reagrupamento familiar».

Por outro lado, o art. 8.º permite a fixação de um período de espera não superior a dois anos, durante o qual se exige que o requerente resida legalmente no território antes que os seus familiares se lhe venham juntar. Esse período de espera pode ir até três anos nos casos

---

<sup>2230</sup> O Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre a aplicação da Diretiva refere a variedade de critérios das legislações nacionais no que toca à implementação deste requisito. Cf. p. 7.

<sup>2231</sup> JULIEN HARDY, “The Objective of Directive 2003/86...”, p. 447 e PIETER BOELES, MAARTEN DEN HEIJER, GERRIE LODDER & KEES WOUTERS, *European Migration Law...*, p. 143.

<sup>2232</sup> JULIEN HARDY defende que a imposição de «condições de integração objetivas» não deveria ser admitida, pelo facto de as mesmas serem independentes de um juízo de proporcionalidade. Cf. “The Objective of Directive 2003/86...”, p. 449.

<sup>2233</sup> Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre a aplicação da Diretiva 2003/86/CE..., p. 8.

<sup>2234</sup> O critério da proporcionalidade exigirá, por exemplo, que os Estados não exijam condições de integração que sejam impossíveis aos nacionais de países terceiros cumprir, como é caso, por exemplo, de testes escritos para pessoas analfabetas. Assim, JULIEN HARDY, “The Objective of Directive 2003/86...”, p. 451. Também esta disposição se encontra atualmente em revisão. A Comissão afirmou que as condições de integração também importavam responsabilidades para os Estados, nomeadamente no que toca à disponibilização de materiais e meios para os imigrantes as poderem cumprir. Cf. *Livro Verde...*, p. 5.

<sup>2235</sup> Dec. de 23/06/2010, *Confédération Générale du Travail c. França*, queixa n.º 55/2009.

<sup>2236</sup> Ac. de 09/07/2015, *K e A*, proc. n.º C- 153/14.

em que a legislação dos Estados preveja que os mesmos tenham em conta a sua capacidade de acolhimento no que toca à aceitação de pedidos de reagrupamento familiar<sup>2237</sup>. A previsão deste período de espera também se justificou com o objetivo de integração: visava-se garantir a estabilidade da residência do requerente no território<sup>2238</sup>. No entanto, importa lembrar que a este período há que somar o tempo que os Estados-Membros levam a examinar o pedido, e que pode ter uma duração até nove meses, podendo ser prorrogado indefinidamente em casos excecionais. De acordo com a Comissão, o pedido pode ser apresentado mal o imigrante ingresse no território, mas os Estados podem adiar a decisão de autorização do reagrupamento familiar até ao prazo previsto pela sua legislação chegar ao termo. Assim, levantam-se dúvidas no que toca à conformidade com estas regras nos casos em que os Estados-Membros preveem que o período de espera comece a correr apenas no momento da apresentação do pedido<sup>2239</sup>. Também esta solução foi alvo de várias críticas, por se considerar que a imposição de tal período de espera pode tornar o exercício do direito ao reagrupamento familiar demasiado oneroso<sup>2240</sup>. Assim, alguma doutrina considera que esta regra pode, inclusivamente, levar a uma ingerência ilegítima, porque desproporcionada, na vida familiar do requerente<sup>2241</sup>. Neste sentido, MILENE NYS defende que a previsão de qualquer período de espera é, em si, uma ingerência na vida familiar do requerente de reagrupamento, já que impõe a separação da família<sup>2242</sup>. De facto, parece-nos que o período de espera é demasiado longo e excede o necessário para alcançar o objetivo de proporcionar uma melhor integração da família no território. É bastante mais extenso que o previsto no art. 19.º, n.º 6 da Carta Social Europeia<sup>2243</sup>. Por seu turno, o art. 12.º da Convenção Europeia de 1977 relativa ao Estatuto Jurídico do Trabalhador Migrante estabelece um período de espera nunca superior a 12 meses. O longo período de espera da Diretiva é ainda difícil de conciliar com o disposto no art. 10.º, n.º 2 da CDC que, como se viu, estipula que quando está em causa uma criança os pedidos para reagrupamento familiar devem ser decididos de forma expedita.

Também esta disposição foi alvo da ação de anulação movida pelo Parlamento contra o Conselho. O TJ considerou, no entanto, que o período de espera prosseguia um fim legítimo - a integração eficaz dos membros da família na sociedade de acolhimento. Mais afirmou que os Estados não deviam aplicar o mesmo sem uma valoração da situação concreta e que, em

---

<sup>2237</sup> Esta exceção foi especificamente solicitada pela Áustria, cuja legislação nacional previa um sistema de quotas. Aquando da aplicação da Diretiva, este Estado alterou essas disposições. Cf. Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre a aplicação da Diretiva 2003/86/CE..., p. 8. Esta possibilidade encontra-se também em revisão. Cf. *Livro Verde...*, p. 6.

<sup>2238</sup> HELEN OOSTEROM-STAPLES, "The Family Reunification...", p. 474.

<sup>2239</sup> Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre a aplicação da Diretiva 2003/86/CE..., p. 8.

<sup>2240</sup> Sobretudo se tomarmos em consideração, com CONSTANÇA URBANO DE SOUSA, o significado deste tempo na vida de uma criança. Cf. "Le regroupement familial...", p. 134.

<sup>2241</sup> CONSTANÇA URBANO DE SOUSA, "Le regroupement familial...", p. 134.

<sup>2242</sup> MILENE NYS, *L'Immigration...*, p. 620.

<sup>2243</sup> Na dec. de 23/06/2010, *Confédération Générale du Travail c. França*, queixa n.º 55/2009, o Comité Europeu dos Direitos Sociais referiu que o período de espera de um ano era excessivo. No entanto, referiu já que as normas da Diretiva não afrontavam diretamente a CSE, sendo possível interpretá-las de acordo com as obrigações decorrentes deste instrumento. V. COMITÉ EUROPEU DOS DIREITOS SOCIAIS, Conclusões 2011, Introdução Geral, p. 7.

particular, quando o interesse superior das crianças envolvidas o justificasse, o mesmo não devia ser aplicado<sup>2244</sup>.

No primeiro relatório sobre a aplicação da Diretiva, a Comissão sublinhou que as condições para o reagrupamento familiar estavam a ser aplicadas de forma muito rigorosa pelos Estados-Membros e reafirmou a necessidade de se usar o princípio da proporcionalidade na análise individualizada dos pedidos<sup>2245</sup>.

No nosso entender, todas estas condições devem ser consideradas como restrições a um direito que é diretamente concedido pela Diretiva, só podendo, por isso, ser justificadas se e enquanto passarem o teste da proporcionalidade nas suas várias vertentes<sup>2246</sup>.

#### ***e) Procedimento***

O art. 5.º define regras respeitantes à análise dos pedidos de reagrupamento familiar. Cabe sublinhar que, nos termos do n.º3, o pedido deve, em princípio, ser apresentado e analisado quando os familiares estiverem fora do território do Estado-Membro em que reside o requerente do reagrupamento. A Diretiva prevê que os Estados devem decidir o pedido no prazo de 9 meses após a dedução do mesmo (n.º4). Este período pode ser estendido em casos excecionais, que apresentem especial complexidade<sup>2247</sup>. No entanto, não se prevê um prazo final definitivo para o fim do procedimento. Alguns autores referem que a não previsão de um prazo máximo constitui uma violação do art. 13.º da CEDH<sup>2248</sup>. Por outro lado, não se atribui qualquer significado à omissão de decisão no prazo fixado, pelo que terão de ser as legislações nacionais a estipular se se trata de deferimento ou indeferimento tácito.

Se o pedido for deferido, o Estado-Membro deve emitir os documentos necessários para que os membros da família possam entrar no território. Uma decisão de recusa deve ser fundamentada (n.º4).

#### ***f) Motivos de recusa e de não renovação da autorização de residência dos familiares***

A Diretiva prevê vários motivos que podem fundamentar a recusa ou a não renovação da autorização de residência para efeitos de reagrupamento familiar. Os motivos enumerados são taxativos, não podendo os Estados fundar-se em motivos não previstos, como o

---

<sup>2244</sup> Ac. de 27/06/2006, *Parlamento Europeu c. Conselho*, proc. n.º C-540/2003.

<sup>2245</sup> Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre a aplicação da Diretiva 2003/86/CE..., p. 12.

<sup>2246</sup> Daí que a proposta do Conselho Europeu no Pacto Europeu de Imigração e de Asilo de 2008, no sentido de que os Estados devem regular a imigração familiar tendo em conta as suas capacidades de acolhimento, as capacidades de integração das famílias, os recursos e condições de alojamento e também, por exemplo, o conhecimento da língua, só deve ser aplicada se e enquanto tais condições se revelarem necessárias e proporcionais ao fim em vista.

<sup>2247</sup> HELEN OOSTEROM-STAPLES defende que o período extra não deve exceder 3 meses, de forma a adequar os prazos de decisão com os que estão previstos na Diretiva dos residentes de longa duração. Cf. "The Family Reunification...", p. 478.

<sup>2248</sup> STEVE PEERS & NICOLA ROGERS, *EU Immigration...*, p. 594.

esgotamento de um número máximo de entradas de nacionais de países terceiros num determinado período de tempo<sup>2249</sup>.

Os Estados-Membros podem recusar a entrada e residência dos membros da família, nos termos do art. 6.º, por razões de ordem pública, segurança pública ou saúde pública. Esses são ainda os motivos que podem legitimar uma decisão de retirada ou de não renovação da autorização de residência aos familiares do reagrupante. Não se menciona, porém, se o conceito de ordem pública desenvolvido no contexto do direito à liberdade de circulação é aplicável neste contexto. A norma limita-se a referir que os Estados devem ter em consideração a gravidade e tipo de ofensa à ordem pública e o perigo que a continuação da presença do membro da família pode representar. O considerando n.º 14 refere que a noção de ordem pública pode abranger as condenações por crimes graves. O uso da expressão «pode» sugere, porém, que a condenação não é uma condição *sine qua non* para invocar motivos de ordem pública para efeitos de recusa ou de não renovação da autorização de residência<sup>2250</sup>. De facto, pode abranger os casos em que o nacional de país terceiro pertence a uma organização destinada a pôr em causa a segurança pública, como por exemplo uma organização terrorista ou extremista.

No nosso entender, o conceito de ordem pública desenvolvido em matéria de livre circulação deve aplicar-se também neste contexto<sup>2251</sup>. Em sentido contrário, EMMANUELLE NERAUDAU-D'UNIENVILLE refere que os Estados conservam uma ampla margem de apreciação para decidir, neste contexto, o que devem entender por ordem pública. A autora considera que as referências específicas densificadas no preâmbulo da Diretiva demonstram a adoção de um conceito autónomo de ordem pública<sup>2252</sup>. Ora, não concordamos com a autora, já que a densificação de fatores atinentes à ordem pública no preâmbulo da Diretiva em nada abala a possibilidade de se poder aplicar o conceito de ordem pública vigente no contexto da jurisprudência em matéria de livre circulação de pessoas, uma vez que esta última não é contraditória com a primeira, podendo, inclusivamente, ser complementar da mesma. No caso *Chakroun* o TJ referiu-se, «por analogia» aos casos *Metock* e *Eind*, emanados no contexto da livre circulação de cidadãos da UE, no que toca especificamente à interpretação do requisito relativo à suficiência de recursos económicos<sup>2253</sup>.

Aos motivos enumerados no art. 6.º acrescem ainda, para efeitos de retirada ou de não renovação da autorização de residência, os previstos no art. 16.º: desde logo, o facto de o reagrupante e seus familiares terem deixado de levar a cabo uma vida familiar efetiva, nos termos do art. 16.º, n.º, 1, b). Este motivo de não renovação suscita-nos várias reticências. Por um lado, ele poderá implicar ingerências desproporcionadas na vida familiar do reagrupante, se implicar a existência de sucessivos controlos por parte das autoridades para verificação da manutenção da efetividade do vínculo (assim, o n.º 4 do art. 16.º). De qualquer forma, o requisito da manutenção de vida familiar tem de ser lido à luz da jurisprudência do TEDH sobre o art. 8.º da CEDH, que, por exemplo, nem sempre exige coabitação para

---

<sup>2249</sup> STEVE PEERS & NICOLA ROGERS, *EU Immigration...*, p. 596.

<sup>2250</sup> HELEN OOSTEROM-STAPLES, “The Family Reunification...”, p. 482.

<sup>2251</sup> Assim, também, STEVE PEERS & NICOLA ROGERS, *EU Immigration...*, p. 596. Em *EU Justice and Home Affairs...*, STEVE PEERS refere neste sentido que, se a Diretiva previu regras especiais que se afastavam das previstas em matéria de livre circulação, nada especificando quanto ao conceito de ordem pública, é porque aí deverão valer as mesmas regras. Cf. p. 217. No mesmo sentido, RICHARD CHOLEWINSKI, “Family Reunification and Conditions...”, p. 281.

<sup>2252</sup> Cf. *Ordre Public...*, p. 642.

<sup>2253</sup> Sobre este ponto, v. ANJA WEISSBRODT, “The Right to Family Reunification...”, p. 472 e ss.



considerar existir vida familiar (assim, no que toca às relações entre pais e filhos)<sup>2254</sup>. Por outro lado, há que assinalar que os familiares poderão não ser expulsos do Estado-Membro se reunirem os requisitos para poderem beneficiar de um direito de residência autónomo. Nos termos do art. 15.º, isso apenas poderá suceder ao fim de cinco anos de residência. É este o período de tempo durante o qual devem ser mantidas as condições que permitiram a atribuição da autorização de residência aos familiares<sup>2255</sup>.

Por outro lado, poderá ser motivo de não renovação a não manutenção de recursos suficientes. Se aplicado de forma automática, este requisito implicaria, como refere CONSTANÇA URBANO DE SOUSA, que, se o reagrupante perdesse emprego, perderia consequentemente também a família<sup>2256</sup>. Ou pensemos no caso de um imigrante que possuía condições para suportar a mulher e um filho, mas que entretanto vê a sua família aumentar, deixando de ter recursos suficientes para suportar o novo agregado. No que toca a estas situações, mais uma vez, o princípio da proporcionalidade deverá ser chamado à colação. Estando em causa, porventura um interesse legítimo – o bem-estar económico do país –, mesmo assim a ingerência poderá não ser legítima. Neste ponto, há que relembra novamente a jurisprudência do TEDH, que já várias vezes afirmou que motivos económicos nem sempre são suficientes para justificar a expulsão de membros da família<sup>2257</sup>.

Quer nas decisões relativas à concessão da autorização de reagrupamento, quer nas decisões de não renovação de autorização de residência, os Estados-Membros devem atender a vários fatores, consagrados nos arts. 6.º, n.º2. e 17. Esses fatores foram fortemente inspirados pela jurisprudência do TEDH em matéria de proteção do art. 8.º da CEDH em contencioso da imigração, embora não coincidam totalmente com a mesma, já que enumeram apenas alguns dos critérios de decisão daquele órgão jurisdicional. A Diretiva impõe que o Estado tenha em consideração a natureza e solidez dos laços familiares, o tempo de residência no território, bem como a existência de laços familiares, culturais e sociais com o país de origem (art. 17.º) e, ainda, a gravidade ou o tipo de ofensa à ordem pública ou à segurança pública cometida pelo familiar ou os perigos que possam advir da presença dessa pessoa no território (art. 6.º)<sup>2258</sup>. Para além do mais, o interesse superior dos menores, cuja consideração se encontra prevista no art. 5.º para efeitos de análise do pedido, deve ser tido em conta também nas decisões de retirada ou de não renovação da autorização de residência.

### ***g) A ação de anulação da Diretiva***

Como já se referiu, três disposições da Diretiva foram objeto de uma ação de anulação do Parlamento contra o Conselho da UE, apoiado pela Comissão e pela Alemanha<sup>2259</sup>: as duas

---

<sup>2254</sup> Cf. Ac. *Berrehab*.

<sup>2255</sup> No final desses cinco anos, os membros da família adquirem, assim, um direito de residência autónomo, que deixará de se fundamentar unicamente na unidade familiar, mas encontrará ainda fundamento nas ligações entretanto estabelecidas com a sociedade de acolhimento. Voltaremos a este aspeto mais à frente.

<sup>2256</sup> CONSTANÇA URBANO DE SOUSA, “Le regroupement familial...”, p. 135.

<sup>2257</sup> STEVE PEERS & NICOLA ROGERS, *EU Immigration...*, p. 596.

<sup>2258</sup> Note-se, porém, que o art. 28.º da Diretiva 2004/38/CE, relativa à livre circulação dos cidadãos da UE, menciona mais fatores de ponderação, como a idade, saúde, e a situação económica de todas as pessoas envolvidas.

<sup>2259</sup> Ac. de 27/06/2006, *Parlamento Europeu c. Conselho*, proc. n.º C-540/2003. Para um comentário v. *inter alia*, DENIS MARTIN, “La Cour de Justice...”, p. 595 e ss., SARA IGLESIAS SANCHEZ, “Diretiva sobre Reagrupación...”, p. 146.

disposições que permitem aos Estados introduzirem restrições à entrada de crianças com mais de 12 anos ou 15 anos e a disposição que permite a previsão de um período de espera desde o estabelecimento do reagrupante no país de acolhimento, até que os membros da família se possam juntar ao mesmo. O Parlamento invocou a violação de várias disposições da CEDH, e a advogada-geral JULIANE KOKKOTT defendeu que o risco de violação de instrumentos de proteção dos direitos humanos seria da responsabilidade não só dos Estados-Membros, mas também do legislador comunitário. Não foi, porém, essa a opinião do TJ.

Em primeiro lugar, o Tribunal do Luxemburgo considerou que essas disposições se justificavam com a prossecução de um fim legítimo: facilitar a integração dos membros da família no território. No que toca, em particular, às restrições previstas para a entrada de crianças, o TJ chamou à colação a jurisprudência do TEDH, firmada pelo Ac. *Sen*, nos termos da qual a idade dos menores é um dos fatores a ter em conta na apreciação de pedidos de reagrupamento familiar. Assim, considerou que as mesmas não violariam o direito ao respeito pela vida familiar e não constituíam uma discriminação injustificada, sendo adequadas ao fim em vista. Afirmou, neste seguimento, não se poder assimilar o reagrupamento dos filhos ao do cônjuge, uma vez que o primeiro teria caráter temporário, pois estes não ficariam sempre com os pais, enquanto o segundo visaria propiciar o gozo de uma vida matrimonial caracterizada pela tendencial estabilidade e permanência.

Por outro lado, o TJ afirmou que as restrições referidas visavam manter a margem de apreciação dos Estados-Membros, permitindo-lhes assegurar-se de que o reagrupamento familiar teria lugar em boas condições. Competia aos Estados exercer essa margem de apreciação no respeito pelo art. 5.º, n.º5 e 17.º da Diretiva, tendo em consideração o interesse superior das crianças envolvidas, e fatores objetivos como a idade, os laços com o país de origem e o grau de dependência em relação aos progenitores. Assim, de acordo com o TJ, a única leitura legítima das normas que permitem a previsão de restrições da entrada de crianças exigia a sua conjugação com os arts. 5.º e 7.º da Diretiva, que obrigam o Estado-Membro a ter em consideração as circunstâncias particulares de cada caso. Esta jurisprudência, veio sublinhar, assim, que mesmo quando a Diretiva parece apontar para soluções rígidas, os Estados devem sempre ponderar, nos casos concretos, os vários valores em conflito.

Por outro lado, os Estados não podem interpretar o conteúdo do direito delineado na Diretiva como sendo o mínimo necessário para uma atuação legítima. O conteúdo do direito ao reagrupamento familiar de nacionais de terceiros Estados terá de ser densificado também pelas obrigações internacionais que cada um dos Estados-Membros assumiu. Outra coisa, de resto, não reconhece a própria Diretiva no art. 3.º, n.º4., al. b), quando estipula que a mesma não prejudica a aplicação de disposições mais favoráveis da Carta Social Europeia, da Carta Social Europeia Revista e da Convenção Europeia relativa ao Estatuto Jurídico do Trabalhador Migrante. Do confronto entre as soluções da Diretiva e as destes instrumentos internacionais é que deverá nascer o conteúdo do direito ao reagrupamento familiar que os Estados devem garantir, pelo máximo de proteção dos dois termos em presença<sup>2260</sup>. O aresto do TJ considerou, nesse sentido, que a margem deixada aos Estados era suficientemente ampla para que estes aplicassem as regras da Diretiva no respeito pelas demais obrigações internacionais a que devem obediência. Neste sentido, é ilustrativa a seguinte passagem do aresto: «conforme resulta de jurisprudência assente, as exigências que decorrem da protecção dos princípios gerais reconhecidos no ordenamento jurídico comunitário também vinculam os Estados-Membros aquando da implementação das regulamentações comunitárias e que,

---

<sup>2260</sup> Assim, ANA RITA GIL, “Um Caso de Europeização...”, p. 45.

por conseguinte, estes são obrigados a, na medida do possível, aplicar estas regulamentações em condições que respeitem as referidas exigências»<sup>2261</sup>.

#### ***h) Apreciação crítica***

Para além de críticas pontuais que fomos referindo ao longo da nossa análise, a Diretiva foi ainda objeto de várias críticas globais. Foram várias as vozes que referiram que o seu regime ficou muito aquém do esperado e que «tabelou por baixo» a regulamentação do direito ao reagrupamento familiar, tendo sido elaborado à medida das legislações mais restritivas<sup>2262</sup>. Nesse seguimento, e no que toca aos Estados que já previam regimes mais favoráveis, levantou-se o receio de a Diretiva vir a produzir um efeito de diminuição do nível garantido, na falta de «cláusula *standstill*» geral<sup>2263</sup>. De facto, o relatório da Comissão sobre a aplicação da mesma demonstra que em alguns Estados-Membros se assistiu a um enfraquecimento das garantias até então previstas<sup>2264</sup>.

Por outro lado, invoca-se ainda que a Diretiva não respeita o compromisso feito em Tampere, no sentido de a UE garantir um nível de proteção dos nacionais de países terceiros equivalente ao dos cidadãos da UE<sup>2265</sup>. Com efeito, em vários pontos a Diretiva estabelece um regime menos favorável que o previsto pelo Direito da UE para o reagrupamento familiar dos cidadãos de Estados-Membros que exercem o direito de livre circulação. Algumas das distinções podem, contudo, ser justificadas com o facto de, aí, o direito ao reagrupamento familiar ser também um corolário do direito de livre circulação de pessoas, o que poderá fundamentar um tratamento mais favorável. No entanto, a jurisprudência mais recente do TJ parece apontar para uma evolução positiva neste ponto, ao ter-se socorrido várias vezes de referências à proteção dispensada aos nacionais da UE para densificar a proteção a conceder aos nacionais de países terceiros<sup>2266</sup>.

A Diretiva revela ainda a dificuldade em chegar a uma harmonização no âmbito da política europeia de imigração. De facto, são inúmeras as disposições com caráter não vinculativo, com opções de derrogação ou que deixam aos Estados uma poder discricionário, e que fazem duvidar do sucesso de uma verdadeira harmonização legislativa<sup>2267</sup>. Sempre se dirá, a final, que são várias as condições de exercício do direito que continuam a ser decididas e

---

<sup>2261</sup> O Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre a aplicação da Diretiva 2003/86/CE afirmou, neste seguimento, que «o acórdão tem implicações na forma como os Estados-Membros devem aplicar a Diretiva, já que salientou que os direitos fundamentais vinculam os Estados-Membros aquando da implementação das regulamentações comunitárias e que, por conseguinte, estes são obrigados a aplicar as disposições da Diretiva em condições que respeitem as normas que regem a proteção dos direitos fundamentais».

<sup>2262</sup> CONSTANÇA URBANO DE SOUSA, “Le regroupement familial...”, p. 135.

<sup>2263</sup> STEVE PEERS & NICOLA ROGERS, *EU Immigration...*, p. 591.

<sup>2264</sup> Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre a aplicação da Diretiva 2003/86/CE..., p. 15.

<sup>2265</sup> STEVE PEERS & NICOLA ROGERS, *EU Immigration...*, p. 591.

<sup>2266</sup> Assim, no caso *Chakroun*, a já mencionada referência à jurisprudência do TJ em matéria de livre circulação de cidadãos da UE no que toca ao cumprimento do requisito de suficiência de meios económicos (Ac. *Eind*) e no que toca à não distinção entre formação e manutenção da família para efeitos de reagrupamento (Ac. *Metock*).

<sup>2267</sup> ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A Igualdade e a Não Discriminação...*, p. 328.

preenchidas de acordo com a discricionabilidade dos Estados<sup>2268</sup>. Não obstante, julgamos que, neste ponto, o TJ tem contribuído para balizar essa margem de apreciação, nomeadamente através da afirmação da necessidade de constante respeito pelo princípio da proporcionalidade no que toca à análise individualizada dos pedidos<sup>2269</sup>.

As críticas mais severas são, porém, aquelas que apontam que a Diretiva desrespeita os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos a que os Estados devem obediência, o que estaria em franca contradição com o considerando n.º 2, nos termos do qual a Diretiva respeita os direitos fundamentais e observa os princípios reconhecidos, designadamente, no art. 8.º da CEDH e na CDFUE. De facto, várias disposições da Diretiva afiguram-se como particularmente problemáticas neste contexto, como fomos dando conta. O TJ considerou, porém, que as disposições da Diretiva visavam conceder alguma margem de apreciação aos Estados, sendo possível aplicá-las em conformidade com as disposições internacionais de garantia dos direitos humanos<sup>2270</sup>. A posição do TJ demonstra confiança na capacidade das legislações nacionais para efetuarem devidamente esse balanço, estando de acordo com alguma da sua jurisprudência no sentido de que a anulação de uma norma deve apenas ter lugar quando não for de todo possível aos Estados-Membros executá-la sem violar direitos fundamentais<sup>2271</sup>. Assim, ao invés de anular as disposições contestadas, o TJ optou por apontar para uma interpretação «conforme aos direitos humanos»<sup>2272</sup>. Foram várias as vozes que se insurgiram contra esta perspetiva, referindo que o TJ optou por um *standard* mínimo de proteção dos direitos fundamentais em causa, ou por instrumentalizá-los em função dos objetivos próprios da UE<sup>2273</sup>. As que se afiguram para nós mais gravosas são as que respeitam às restrições ao reagrupamento familiar de crianças, não só face ao princípio da proteção do seu superior interesse, como ainda da proibição de discriminação em função da idade<sup>2274</sup>.

Não obstante, consideramos que, quer a Diretiva, quer os arestos emanados pelo TJ foram de grande importância para a afirmação de um direito ao reagrupamento familiar.

Em primeiro lugar, logo no primeiro Acórdão na matéria, o TJ afirmou expressamente que a Diretiva reconhecia um *direito subjetivo*, oponível aos Estados, afirmando que a mesma «impõe aos Estados-Membros obrigações positivas precisas, às quais correspondem direitos subjectivos claramente definidos, uma vez que lhes exige, nas hipóteses determinadas pela Diretiva, que autorizem o reagrupamento familiar de certos membros da família do requerente do reagrupamento sem que possam exercer a sua margem de apreciação». No

<sup>2268</sup> Assim, a título de exemplo, o preenchimento do requisito de «residência legal» do reagrupante, que depende unicamente do direito interno do Estado-Membro. Sobre este ponto, v. ELSPETH GUILD, *The Legal Elements...*, p. 123 e HELENA PÉREZ MARTÍN, “Libertad de Circulación y de Residencia...”, p. 629.

<sup>2269</sup> Ac. de 27/06/2006, *Parlamento Europeu c. Conselho*, cit. e Ac. de 04/03/2010, *Chakroun*, cit. Para um comentário sobre este ponto, v. ANJA WEISSBRODT, “The Right to Family Reunification...”, p. 462 e ss. e KEES GROENENDIJK, “Recent Developments in EU Law ...”, p. 331. No mesmo sentido, o recente Ac. de 09/07/2015, *K e A*, proc. n.º C- 153/14.

<sup>2270</sup> Ac. de 27/06/2006, *Parlamento Europeu c. Conselho*, cit.

<sup>2271</sup> Para mais desenvolvimentos sobre este aspeto, v. NUNO PIÇARRA, “A Competência do Tribunal de Justiça ...”, p. 1420.

<sup>2272</sup> Assim, BÉNÉDICTE MASSON, “L’harmonisation des conditions...”, p. 684.

<sup>2273</sup> Para uma súmula destas críticas, v. ANA RITA GIL, “Um Caso de Europeização...”, p. 45.

<sup>2274</sup> No último sentido, DENIS MARTIN, “La Cour de Justice...”, p. 606. De facto, apesar da argumentação do TEDH, não consideramos existir fundamento razoável para o tratamento diferenciado das crianças maiores de 12 e de 15 anos.

caso *Chakroun* seguiu este entendimento, ao referir que «o objectivo da Diretiva é promover o reagrupamento familiar entre nacionais de países terceiros»<sup>2275</sup>. Este é o grande avanço representado pela adoção da Diretiva, em relação aos demais instrumentos até então existentes, e em relação à jurisprudência do TEDH na matéria. Não obstante todas as limitações e incongruências assinaladas, a Diretiva sobre Reagrupamento Familiar de nacionais de países terceiros consagra um verdadeiro *direito ao reagrupamento familiar*. Isto, não obstante a mudança de redação do art. 1.º, que inicialmente descrevia o objetivo da Diretiva como «estabelecer o direito ao reagrupamento familiar» e cuja redação final se refere a «estabelecer as condições em que o direito ao reagrupamento familiar pode ser exercido». O objetivo continua a ser o estabelecimento de *um direito*, o que se denota pela manutenção do título do diploma, que refere expressamente «direito ao reagrupamento familiar»<sup>2276</sup>. A consagração inequívoca de um *direito* ao reagrupamento familiar é ainda lembrada no Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre a aplicação da Diretiva<sup>2277</sup>, onde se menciona que atualmente todos os Estados-Membros o reconhecem, quando até à adoção da Diretiva isso não acontecia<sup>2278</sup>.

A esse direito corresponde um *dever do Estado*. O art. 4.º n.º 1 da Diretiva refere expressamente que «Os Estados-Membros *devem* permitir a entrada e residência dos seguintes familiares (...)» (sublinhado nosso). Ora, o direito ao reagrupamento familiar é diretamente oponível ao Estado, uma vez cumpridas as condições exigidas<sup>2279</sup>. STEVE PEERS & NICOLA ROGERS, referem, aliás, que em alguns pontos, a Diretiva estabelece algumas regras imperativas e suficientemente precisas para poderem ter um efeito direto<sup>2280</sup>. Todos aqueles que reúnem as condições previstas beneficiam desse direito, não podendo os Estados prever condições acessórias, estando, por isso, nesses casos, afastada qualquer margem de apreciação. Trata-se, assim, de um avanço em relação à proteção conferida pelo art. 8.º da CEDH<sup>2281</sup>.

Reconhecendo a consagração de um direito, o ponto de partida metodológico usado pelo TJ, ao contrário da jurisprudência do TEDH, é o da afirmação do direito ao reagrupamento familiar, e não o da afirmação do *ius includendi et excludendi*. Cumpridos os requisitos exigidos, reconhece-se um direito de entrada no território do Estado para efeitos de reagrupamento

---

<sup>2275</sup> Sobre esta afirmação v. JULIEN HARDY, “The Objective of Directive 2003/86...”, p. 439 e ss. O autor sublinha a centralidade da mesma, referindo que a «promoção do direito» vai para além da simples afirmação de «garantia do direito».

<sup>2276</sup> Assim, também, SARA IGLESIAS SANCHEZ, “Diretiva sobre Reagrupación...”, p. 140. Para uma perspectiva comparativa e crítica com a jurisprudência do TEDH, v. DENIS MARTIN, “La Cour de Justice...”, p. 598 e ss. Em sentido diferente, considerando que a Diretiva não garante um direito, ARTURO JOHN, *Family Reunification...*, p. 57, DOMINIQUE NAZET ALLOUCHE, “La Condition des Ressortissants...”, p. 41. Também a advogada-geral JULIANE KOKOTT, nas suas conclusões do processo n.º C-540/03 afirma que semelhante direito apenas existe em circunstâncias muito excecionais, para tal invocando a jurisprudência de Estrasburgo.

<sup>2277</sup> Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre a aplicação da Diretiva 2003/86/CE..., p. 3.

<sup>2278</sup> *Idem*, p. 15.

<sup>2279</sup> Também nesse sentido, VINCENT COUSSIRAT-COUSTERE, “Les Politiques Migratoires...”, p. 222, RYSZARD CHOLEWINSKI, “Family Reunification...”, p. 271, ELSPETH GUILD, *The Legal Elements...*, p. 112, KEES GROENENDIJK, “Family Reunification...”, p. 218, HENRI LABAYLE, “La Diversité des Sources ...”, p. 13.

<sup>2280</sup> Assim, os art. 4.º (1), 13.º, 14.º e 15.º. Cf. STEVE PEERS & NICOLA ROGERS, *EU Immigration...*, p. 593. V., também, SARA IGLESIAS SANCHEZ, “Diretiva sobre Reagrupación...”, p. 142 e ss.

<sup>2281</sup> No mesmo sentido, STEPHEN LEGOMSKY, “Rationing Family Values...”, p. 827.

familiar, afastando-se qualquer possibilidade de decisão discricionária<sup>2282</sup>. Assim, não podemos concordar com FLAUSS, quando este autor refere que o TJ adotou uma posição mais restritiva que o TEDH no que respeita à proteção do reagrupamento familiar, pela simples razão de conferir aos Estados, em alguns casos, margem de apreciação<sup>2283</sup>. De facto, ao invés de sublinhar a margem de manobra dos Estados na implementação da Diretiva, o TJ tem sublinhado que a mesma consagra um direito subjetivo, mitigando, assim, os efeitos derivados das várias «válvulas de escape» que a Diretiva prevê<sup>2284</sup>. Para além do mais, dos acórdãos do TJ parece resultar uma vontade de interpretar a Diretiva através de uma perspetiva de centralização dos direitos fundamentais à unidade familiar e também do superior interesse da criança<sup>2285</sup>.

É certo que se prevê a sujeição do direito a determinadas condições. Esse facto leva alguns autores a referir que a Diretiva «dá com uma mão e retira com outra»<sup>2286</sup>. No entanto, a Diretiva mais não faz que permitir a restrição do direito, algo que é transversalmente aceite em relação a todos os direitos humanos, à exceção dos que revestem natureza absoluta. Por outro lado, impõe-se ainda, nesses casos, que a decisão dos Estados seja precedida de um exame de proporcionalidade que implica a convocação de vários critérios de ponderação, já mencionados, e que correspondem à consagração de alguma da jurisprudência do TEDH. Da jurisprudência do TJ resulta, aliás, que, nos casos em que a Diretiva deixa alguma margem de apreciação aos Estados-Membros, essa margem de apreciação deve ser aplicada restritivamente.

Por tudo isto, e apesar da opinião maioritária da doutrina, consideramos que o surgimento desta Diretiva contribuiu para a afirmação da existência de um direito ao reagrupamento familiar<sup>2287</sup>. Por contraste com o raciocínio do TEDH, baseado na ponderação casuística entre os vários interesses em presença, a Diretiva veio retirar margem de discricionariedade aos Estados, assim conferindo maior segurança jurídica aos interessados.

Depois, o TJ afirmou a necessidade de se interpretar e regulamentar o exercício do direito ao reagrupamento familiar com respeito pelos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos a que os Estados se encontram vinculados, como a CEDH e a CDC. Por outro lado, com a atribuição de carácter vinculativo à CDFUE, os Estados não podem fazer uso das derrogações previstas na Diretiva sem respeitar o princípio da proporcionalidade, como é exigido pelo art. 52.º da Carta, uma vez que estão em causa direitos protegidos pela mesma, como seja o direito à unidade familiar e a proteção do superior interesse da criança<sup>2288</sup>.

---

<sup>2282</sup> Sobre este ponto, v. ainda HENRI LABAYLE, “La Diversité des Sources ...”, p. 13.

<sup>2283</sup> JEAN-FRANÇOIS FLAUSS, “L’Étranger, entre Souveraineté...”, p. 59. Já considerando ter o TJ usado um raciocínio paralelo ao TEDH, BÉNÉDICTE MASSON, “L’harmonisation des conditions...”, p.674.

<sup>2284</sup> ANJA WEISSBRODT, “The Right to Family Reunification...”, p. 479.

<sup>2285</sup> Assim, também, DENIS MARTIN, “La Cour de Justice...”, p. 609.

<sup>2286</sup> STEPHEN LEGOMSKY, “Rationing Family Values...”, p. 834.

<sup>2287</sup> Nas palavras de JENS VEDSTED-HANSEN, a Diretiva por um lado reforçou e por outro enfraqueceu a proteção concedida pelo art. 8.º da CEDH. Cf. “Migration and the Right...”, p. 718. Em sentido semelhante, VINCENT CHÉTAIL, refere que se o princípio em si da afirmação do reagrupamento familiar se tornou incontestado, mas, por outro, a sua implementação é já duvidosa. “Migration...”, p. 79.

<sup>2288</sup> Assim, PIETER BOELES, MAARTEN DEN HEIJER, GERRIE LODDER & KEES WOUTERS, *European Migration Law...*, p. 137.

Citando a súmula de ANJA WEISSBRODT<sup>2289</sup>, a jurisprudência do TJ está a permitir vários efeitos positivos, a saber: aproximação da proteção concedida aos nacionais de países terceiros da proteção dispensada aos nacionais da UE, centralização do princípio de decisão na proteção da vida familiar, necessidade de respeito pelos direitos humanos, interpretação restritiva das restrições, e necessidade de análise individualizada de cada pedido. Assim, parece-nos que a jurisprudência do TJ está a contribuir para o desenvolvimento de uma *proteção efetiva* do direito ao reagrupamento familiar, o que poderá compensar algumas das lacunas da Diretiva acima apontadas. Alguns autores afirmam ainda que isso poderá ter repercussões numa maior proteção do direito ao *reagrupamento familiar* por parte do TEDH<sup>2290</sup>.

### 2.4.3. Outras normas da UE em matéria de imigração legal

Para além da Diretiva do reagrupamento familiar, que se afigura como o instrumento por excelência que protege a unidade familiar do imigrante, importa referir outros instrumentos emanados no contexto da política de imigração da UE que também protegem de alguma forma a unidade familiar dos nacionais de países terceiros em contexto de imigração. Em vários pontos preveem até um direito ao reagrupamento familiar em condições mais favoráveis que o previsto pela Diretiva relativa ao reagrupamento familiar.

#### *a) Diretiva relativa ao estatuto de residentes de longa duração*

A Diretiva 2003/109 relativa ao estatuto de residente de longa duração dos nacionais de países terceiros prevê um tratamento mais favorável para os estrangeiros detentores do estatuto de imigrantes de longa duração para efeitos de reagrupamento familiar. Concedendo este instrumento o direito de os detentores desse estatuto poderem circular e instalar-se noutros Estados-Membros, prevê-se a possibilidade de os familiares seguirem os mesmos, a «fim de manter a unidade familiar e não entravar o exercício do direito de residência do residente de longa duração» (considerando n.º 20). Assim, o direito ao reagrupamento familiar está previsto não só enquanto corolário da unidade familiar, mas também, e à semelhança do que se passa com os cidadãos da União, enquanto corolário do direito de circulação de que os detentores do estatuto de imigrante de longa duração beneficiam. Estes imigrantes, quando se deslocam de um Estado-Membro para outro, não necessitam, por exemplo, de residir durante um determinado período de tempo no Estado de acolhimento, podendo fazer-se acompanhar, desde logo, pelos membros da família (art. 16.º)<sup>2291</sup>. Por outro lado, as restrições e derrogações previstas em relação a certos familiares no art. 4.º da Diretiva do Reagrupamento Familiar não se aplicarão no segundo Estado-Membro, se os

---

<sup>2289</sup> ANJA WEISSBRODT, “The Right to Family Reunification...”, p. 469.

<sup>2290</sup> ANJA WEISSBRODT, *idem*, p. 474, HÉLÈNE LAMBERT, “Family Unity in Migration Law...”, p. 212.

<sup>2291</sup> Porém, mesmo estes beneficiários dispõem de um regime menos favorável que o previsto para os cidadãos comunitários. De facto, o segundo Estado-Membro pode requerer prova de que dispõem de recursos estáveis e regulares, bem como seguro de doença e cumprimento de medidas de integração (art. 15.º). DORA SCHAFFRIN, refere, neste contexto, que o direito de livre circulação dos nacionais de países terceiros continua a ser considerado «um direito de circulação de categoria inferior». Cf. “Which Standard for family reunification...”, p. 142.

membros da família que seguirem o titular do estatuto de residente de longa duração já viviam com ele no primeiro Estado. É essa a leitura que decorre do art. 16.º da Diretiva agora em análise<sup>2292</sup>. Julgamos que essa também deverá ser a solução para os familiares que já viviam com o nacional de país terceiro no primeiro Estado-Membro mas que não pertencem às categorias enumeradas no n.º 1 do art. 4.º da Diretiva do Reagrupamento Familiar, apesar de alguns autores referirem que essas categorias de familiares apenas «podem ser autorizados» a residir com o titular do estatuto no 2.º Estado-Membro<sup>2293</sup>.

Por outro lado, os titulares do estatuto de residente de longa duração beneficiam de proteção acrescida contra expulsões, em parte destinada à proteção da sua vida familiar. Nos termos do art. 12.º da Diretiva, antes de tomarem uma decisão de expulsão de um residente de longa duração, os Estados-Membros devem ter em consideração a duração da residência no território, a idade da pessoa, as consequências para a mesma e para os seus familiares, bem como os laços com o país de residência ou a ausência de laços com o país de origem. Consagraram-se, assim, alguns dos critérios de decisão enunciados pelo TEDH para os casos de proteção da unidade familiar dos estrangeiros.

***b) Diretiva relativa à admissão de nacionais de países terceiros para efeitos de investigação científica***

A Diretiva 2005/71/CE do Conselho, relativa a um procedimento específico de admissão de nacionais de países terceiros para efeitos de investigação científica, menciona logo no considerando n.º 18 que «há que prestar especial atenção à facilitação e preservação da unidade dos membros da família dos investigadores». Por seu turno, o considerando n.º 19 dispõe que «a fim de preservar a unidade familiar e permitir a mobilidade, os membros da família deverão poder juntar-se ao investigador noutro Estado-Membro nas condições determinadas pela legislação nacional desse Estado-Membro». O art. 9.º refere que «no caso de um Estado-Membro decidir conceder uma autorização de residência aos membros da família de um investigador, a sua autorização de residência deve ter o mesmo período de validade da autorização de residência emitida a favor do investigador»<sup>2294</sup>. Assim, a Diretiva não consagra expressamente um *direito ao reagrupamento familiar*, já que apenas refere que o mesmo apenas vigora «caso» o Estado-Membro o decida<sup>2295</sup>. Não obstante, obviamente que esse direito será reconhecido quando se cumprirem os requisitos previstos na Diretiva sobre o reagrupamento familiar<sup>2296</sup>.

---

<sup>2292</sup> STEVE PEERS & NICOLA ROGERS, *EU Immigration...*, p. 636. Se a família ainda não se tiver reunido no primeiro Estado-Membro, no segundo então aplicar-se-á a Diretiva do Reagrupamento Familiar. Sobre a conciliação entre os dois regimes, v. *Idem*, p. 633 e ss.

<sup>2293</sup> PIETER BOELES, MAARTEN DEN HEIJER, GERRIE LODDER & KEES WOUTERS, *European Migration Law...*, p. 195.

<sup>2294</sup> Poderá haver exceções, «em casos devidamente justificados». Estas exceções deverão, porém, ser interpretadas restritivamente. Assim, STEVE PEERS & NICOLA ROGERS, *EU Immigration...*, p. 689.

<sup>2295</sup> STEVE PEERS & NICOLA ROGERS, *EU Immigration...*, p. 669. Os autores referem que a falta de previsão expressa desse direito, aliada à falta de determinação dos direitos que os membros da família podem gozar no território, pode ter como efeito dissuadir os investigadores de imigrarem. Cf. *idem*, p. 686.

<sup>2296</sup> Ainda assim, é provável que os Estados considerem que os investigadores não cumpram o requisito exigido por aquela Diretiva, de terem uma perspetiva razoável de obter um direito de residência permanente. No entanto, o facto de as autorizações de residência para efeitos de investigação científica serem renováveis enquanto as condições para a sua manutenção se mantiverem, pode permitir essas perspetivas de residência



A Diretiva agora em análise prevê, contudo, uma disposição mais favorável que o regime geral, já que, nos termos do n.º 2 do art. 9.º, a emissão da autorização de residência a favor dos membros da família não fica sujeita ao requisito de um período mínimo de residência do investigador – isto, claro está, *se o Estado decidir* conceder o direito ao reagrupamento. Assim, este regime não deixa de ser pouco claro, pois, se por um lado parece deixar na livre disponibilidade dos Estados o reconhecimento de um direito ao reagrupamento familiar, por outro estabelece disposições mais favoráveis que o regime geral, a aplicar caso esse direito seja reconhecido. Teria sido mais útil que a Diretiva mencionasse expressamente que os titulares da autorização de residência para fins de investigação científica podiam beneficiar do direito ao reagrupamento familiar, independentemente de perspectivas de obtenção de um direito de residência permanente.

Finalmente, à semelhança do que se passa com a Diretiva sobre os residentes de longa duração, os membros da família deverão poder juntar-se ao investigador noutro Estado-Membro «a fim de preservar a unidade familiar e permitir a mobilidade», embora isso seja feito de acordo com a legislação interna em vigor nesse Estado (considerando n.º 19).

***c) Diretiva relativa à admissão de nacionais de países terceiros para efeitos de emprego altamente qualificado***

A Diretiva 2009/50/CE, relativa às condições de entrada e de residência de nacionais de países terceiros para efeitos de emprego altamente qualificado, prevê um direito ao reagrupamento familiar dos nacionais de países terceiros que reúnam as condições para poderem beneficiar do chamado «cartão azul». Em particular, o art. 15.º dispõe sobre a aplicação da Diretiva do reagrupamento familiar, mas com várias derrogações, que se traduzem num tratamento mais favorável em variados domínios<sup>2297</sup>. Desde logo, o titular do cartão azul está dispensado de cumprir os requisitos relativos à «perspectiva fundamentada de obter o direito de residência permanente», e também não é necessário um período mínimo de residência para ser possível o reagrupamento. Por fim, a aplicação de condições e medidas de integração só pode ocorrer depois de concedido o reagrupamento familiar. As autorizações de residência para os familiares são concedidas, o mais tardar, seis meses a contar da data de apresentação do pedido e a duração do título de residência dos familiares deve ser a mesma do reagrupante.

Finalmente, tal como previsto nas duas últimas Diretivas, também nesta se prevê que, caso o titular de um cartão azul se desloque para um segundo Estado-Membro, os familiares sejam autorizados a acompanhar ou juntar-se ao mesmo (art. 19.º)<sup>2298</sup>.

---

permanente, nomeadamente se os investigadores reunirem as condições para beneficiarem do estatuto de residente de longa duração. V., em sentido semelhante, STEVE PEERS & NICOLA ROGERS, *EU Immigration...*, p. 686.

<sup>2297</sup> O regime mais favorável previsto na Diretiva pretende contribuir para alcançar os objetivos de atração de emprego altamente qualificado de nacionais de países terceiros (assim, o considerando n.º 23), que se insere na chamada «Estratégia de Lisboa», afirmada na reunião do Conselho Europeu de Lisboa realizada em 2000, e que tem o objetivo tornar a Europa a economia do conhecimento mais competitiva e dinâmica do mundo.

<sup>2298</sup> Nos termos do n.º 1 do art. 19.º, caso o titular de um Cartão Azul UE se desloque para um segundo Estado-Membro e se a família já estiver constituída no primeiro Estado-Membro, os familiares são autorizados a acompanhar ou juntar-se ao mesmo. No entanto, o segundo Estado-Membro pode exigir prova dessa situação, bem como prova de existência de um seguro de doença que cubra todos os riscos no segundo Estado-Membro, bem como de alojamento considerado normal, e recursos estáveis e regulares suficientes para a subsistência do

***d) Diretiva relativa ao título de residência concedido aos nacionais de países terceiros que sejam vítimas do tráfico de seres humanos ou objeto de uma ação de auxílio à imigração ilegal***

Por fim, cumpre referir a Diretiva 2004/81/CE do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativa ao título de residência concedido aos nacionais de países terceiros que sejam vítimas do tráfico de seres humanos ou objeto de uma ação de auxílio à imigração ilegal, e que cooperem com as autoridades competentes. Nos termos do considerando n.º 15, os Estados-Membros deverão analisar a possibilidade de autorizar a permanência dos familiares das vítimas. Não é apenas o princípio da unidade familiar que está em causa, mas também o da proteção dessas mesmas vítimas. Nos termos do art. 10.º, al. c), se a vítima for um menor, os Estados deverão tomar todos os esforços para localizar o mais rapidamente possível a sua família.

#### **2.4.4. Normas da UE em matéria de imigração ilegal**

A Diretiva 2008/115/CE, «Diretiva do Retorno», elege o respeito da família, em consonância com a CEDH, como uma das considerações *primordiais* na aplicação da mesma (considerando n.º 22).

Como já se viu, esta Diretiva estabelece, como princípio de decisão, a adoção de uma decisão de regresso para os imigrantes que sejam encontrados em situação ilegal no território dos Estados-Membros (art. 6.º). No entanto, e em obediência ao referido considerando n.º 22, isso deverá ser feito sem prejuízo das exceções previstas, nomeadamente, no art. 5.º, que menciona, na alínea b), o respeito pela vida familiar. Da conjugação destas várias disposições e da sua leitura à luz do art. 8.º da CEDH e do art. 7.º da CDFUE, só pode resultar assim, que os Estados não podem proceder a uma decisão de retorno antes de ponderarem os efeitos dessa decisão para a vida familiar dos visados. Em consequência, uma decisão de retorno não deve ser emitida quando «não for necessária numa sociedade democrática», *i.e.*, quando, do juízo de ponderação entre os bens públicos e privados em presença, resulte que a mesma representa um sacrifício excessivo para a vida familiar do expulsando. No nosso entender, deve ser aplicada uma das exceções à regra enunciada: deve ser concedida uma autorização de residência por razões compassivas, humanitárias, ou outras, que confira um direito de permanência no território, nos termos do n.º 4 do art. 6.º. Não obstante, teria sido vantajoso relembrar os vários fatores que os Estados deveriam ponderar aquando da decisão de expulsão<sup>2299</sup>.

Uma ponderação semelhante deve ser ainda levada a cabo para efeitos de aplicação da interdição de entrada que acompanhar as decisões de retorno. Apesar de parecer resultar da letra do art. 11.º que tal interdição é automática, há que ter em conta o n.º3, que prevê a

---

titular do cartão azul e dos seus familiares, sem necessidade de recurso ao sistema de assistência social do Estado-Membro em causa (art. 19.º, n.º3 e 4).

<sup>2299</sup> A proposta de Diretiva mencionava que nos casos de proteção da unidade familiar, os Estados não deviam emitir uma decisão de retorno e, nos casos em que tal decisão tivesse sido emitida, a mesma deveria ser revogada. V. Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular, COM (2005) 391 final, de 01/09/2005.

possibilidade de não aplicação dessa medida por motivos humanitários. Nenhuma referência específica é feita em relação à salvaguarda da unidade familiar do estrangeiro, mas esse deve ser um fator a ter necessariamente em conta no momento da ponderação da aplicação dessa exceção.

A proteção da unidade familiar é ainda tida em conta noutras disposições, embora as mesmas não sirvam de base para um reconhecimento derivado de um direito a permanecer no território, dizendo respeito à manutenção da unidade familiar na pendência de prazo para a partida voluntária e durante os períodos de adiamento do afastamento ou de detenção (v. art. 16.º, n.º2 e 17.º).

Finalmente, outro regime que deve ser tido em conta neste contexto é o da Diretiva 2001/40/CE do Conselho, de 28 de maio de 2001, relativa ao reconhecimento mútuo de decisões de afastamento. Esta Diretiva permite, como já se referiu, que um Estado execute uma decisão de expulsão emanada por outro Estado. Nos termos do art. 3.º, n.º2, os Estados terão de executar a Diretiva em conformidade com os direitos fundamentais<sup>2300</sup>. Assim, o segundo Estado-Membro só poderá proceder à expulsão se a mesma não violar o direito à unidade familiar do expulsando, protegido no art. 8.º da CEDH e 7.º da CDFUE. Nestes termos, o Estado a quem a expulsão é requerida terá de analisar se à mesma não se opõe o respeito pela vida familiar do expulsando, mesmo que tal análise já tenha sido levada a cabo previamente pelo Estado emissor da ordem de expulsão<sup>2301</sup>.

## 2.5. CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA

Cabe, por fim, analisar de que forma resulta da Constituição Portuguesa a possibilidade de proteção derivada de direitos de imigração por força da proteção da unidade familiar (2.5.2.). Antes, porém, importa analisar de que forma a unidade familiar é, em geral, protegida pela Lei Fundamental (2.5.1.). Referir-nos-emos, depois, a título de exemplo, a experiências constitucionais de outros países (2.5.3.).

### 2.5.1. A proteção da unidade familiar pela CRP

#### *a) A unidade familiar como corolário da proteção constitucional da família*

A CRP reconhece a importância da família enquanto elemento fundamental da sociedade, por ser «aí que o ser humano inicia as suas relações com os outros e desenvolve a sua personalidade»<sup>2302</sup>. A proteção da família é desenvolvida no texto constitucional através de

---

<sup>2300</sup> Assim, STEVE PEERS & NICOLA ROGERS, *EU Immigration...*, p. 791 e RYSZARD CHOLEWINSKI, “Control of Irregular Migration...”, p. 913. V. ainda ANA RITA GIL, “Direito e Política da União Europeia...”, p. 32.

<sup>2301</sup> Assim, também, FRANÇOIS JULIEN-LAFERRIERE & NATHALIE JOUANT, “L’Éloignement des Ressortissants...” p. 222, STEVE PEERS & NICOLA ROGERS, *EU Immigration...*, p. 792. A nossa lei refere expressamente que o reconhecimento de decisão de expulsão emanada por outro Estado-Membro só é possível se a pessoa em causa puder ser expulsa e se não se violar convenção internacional (art.171.º). Sobre este ponto, v. JOSÉ A.C. PEREIRA & JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *Direito de Estrangeiros...*, p. 585 e 598.

<sup>2302</sup> Ac. n.º 181/97, de 05/03/1997.

dois preceitos: o art. 36.º e o art. 67.º. No primeiro, a família é protegida enquanto *direito fundamental*, com o valor de direito, liberdade e garantia, destinada à «realização pessoal dos seus membros»<sup>2303</sup>. No segundo, é protegida enquanto *instituição* e elemento estruturante da sociedade, que reclama a proteção da sociedade e do Estado<sup>2304</sup>.

A proteção constitucional concedida à família pode revestir várias dimensões. Desde logo, os membros da família têm o direito a viver o seu espaço familiar *sem intervenção do Estado*. Depois, têm o direito a viver juntos. Neste sentido, a CRP preocupou-se em autonomizar, no n.º 6 do art. 36.º, a garantia de não separação de pais e filhos, que decorre da «natureza primordial e insubstituível da intervenção dos pais na tarefa de educação e acompanhamento dos filhos»<sup>2305</sup>. Neste contexto, o TC já afirmou que os casos de separação entre pais e filhos «apenas serão possíveis mediante decisão judicial, nos casos expressamente previstos por lei e verificados os pressupostos expressamente previstos na Constituição»<sup>2306</sup>. A proteção constitucional da família enquanto instituição também abrange, naturalmente, a proteção contra «os factores de destruição ou desagregação familiar, que ponham em causa a família enquanto instituição»<sup>2307</sup>. Assim, tem-se afirmado que a proteção da família implica a proteção da *unidade familiar*, sendo a manifestação mais relevante desta ideia «o direito à convivência»<sup>2308</sup>, *i.e.* o direito dos membros do agregado familiar a viverem juntos<sup>2309</sup> ou à vida conjunta do agregado familiar<sup>2310</sup>. A unidade familiar pode ser considerada, assim, um corolário quer do direito subjetivo à família, na vertente da garantia de cada um dos membros a não ser separado dos demais, quer da proteção institucional da família.

Como corresponsáveis do direito à família enquanto espaço de autonomia ou enquanto unidade merecedora de proteção, podem incumbir ao Estado várias obrigações, sejam negativas, de não intervenção, sejam ainda positivas<sup>2311</sup>. A doutrina tem afirmado que algumas dessas obrigações são, por um lado, a promoção da unidade familiar através da criação de condições que permitam a convivência dos membros da família<sup>2312</sup> e, por outro, a proteção contra a separação arbitrária da família<sup>2313</sup>. Assim, a dimensão negativa do direito corresponde à obrigação estadual do Estado não adotar medidas que possam acarretar a desagregação da unidade familiar. A dimensão positiva implica a adoção de medidas que

---

<sup>2303</sup> O texto desta norma tem praticamente a mesma formulação do art. 16.º, n.º 1 da DUDH, apesar de na CRP se anteceder o direito de constituir família ao direito de contrair casamento.

<sup>2304</sup> O n.º1, que determina que a «família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à proteção da sociedade e do Estado e à efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros» foi aditado ao texto original da Constituição pela Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de setembro.

<sup>2305</sup> Ac. n.º 470/99, de 14/07/1999.

<sup>2306</sup> Ac. n.º 181/97, de 05/03/1997.

<sup>2307</sup> J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, p. 857.

<sup>2308</sup> JORGE MIRANDA & RUI MEDEIROS, *Constituição...*, 2.ª Edição, Vol. I, p. 1363.

<sup>2309</sup> J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, p. 857 e Ac. n.º 829/96.

<sup>2310</sup> Ac. do TC n.º 470/99, de 14/07/1999.

<sup>2311</sup> JORGE MIRANDA & RUI MEDEIROS referem que do art. 67.º decorrem, sobretudo, obrigações positivas para o Estado. *Constituição...*, 2.ª Edição, Tomo I, p. 1359 e ss.

<sup>2312</sup> ANABELA COSTA LEÃO, “Ac. TC n.º 232/04 (expulsão de estrangeiros...)”, p. 31.

<sup>2313</sup> J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, p. 858.

permitam a reunião familiar<sup>2314</sup>. ANABELA COSTA LEÃO refere que, na sua dimensão «negativa ou defensiva», o direito à unidade familiar reveste natureza de direito, liberdade e garantia, diretamente através do art. 36.º, ou analogicamente, a partir do art. 67º. No entanto, apesar de a autora não esclarecer, julgamos que não se pode concluir *a contrario* que a vertente positiva desse direito não revista a mesma natureza, já que, como se explicará melhor *infra*, a natureza dos direitos fundamentais não está dependente da natureza positiva ou negativa da obrigação estadual decorrente dos mesmos.

### ***b) O conceito constitucional de família***

Naturalmente que não é esta a sede para se desenvolver qual o conceito de família consagrado pela CRP. Sempre se dirá contudo, sem pretensão de se esgotar o assunto, que a doutrina refere que não existe um conceito «constitucional» de família, consistindo o mesmo, por isso, num conceito *aberto*<sup>2315</sup>. De facto, na nossa doutrina já está ultrapassado o debate acerca de saber se o art. 36.º consagra um conceito de família dependente do casamento<sup>2316</sup>, sendo hoje tido como pacífico que a norma em causa consagra dois direitos distintos – o direito a casar e o direito a constituir família –, pelo que a Constituição reconhece outro tipo de relações familiares que não apenas as baseadas no casamento<sup>2317</sup>. Esse entendimento já foi afirmado pelo Tribunal Constitucional no que toca às uniões de facto nos seguintes termos: «o direito de constituir família (art. 36.º, n.º1, da Constituição) não é apenas produto do casamento, mas pode também resultar de uma situação de união de facto estável e duradoura»<sup>2318</sup>. Assim, hoje aceita-se que as uniões de facto podem constituir família. Por outro lado, a Constituição reconhece ainda a família enquanto ligação entre pais e filhos, independentemente de qualquer vínculo conjugal<sup>2319</sup>, direito que é reforçado pela proibição de discriminação entre filhos nascidos dentro e fora do casamento, prevista no n.º4. Nesta sequência, reconhece realidades sociais como o caso das «famílias monoparentais», ou, ainda,

---

<sup>2314</sup> Com uma formulação algo diferente, J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, referem que a «dimensão negativa» do direito corresponde à obrigação estadual de o Estado não impedir os membros da família se juntarem. Cf. *Constituição...*, Vol. I, p. 858.

<sup>2315</sup> J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, p. 856.

<sup>2316</sup> Sobre este debate, v. *inter alia*, JOÃO DE CASTRO MENDES, “Art. 36.º, n.º1 (Família e Casamento)...”, p. 371 e ss. e GERALDO DA CRUZ ALMEIDA, *Da União de Facto...*, p. 165 e ss. e, em defesa de que o art. 36.º apenas consagrava um só direito, a anotação de JORGE MIRANDA nos *Estudos sobre a Constituição*, de 1977. Neste contexto, cumpre-nos afirmar que não faz sentido apelar a uma referência ao Código Civil como contendo uma enumeração taxativa do que pode ser considerado «família». Assim, não concordamos com a posição de JORGE DUARTE PINHEIRO, que recorre ao art. 1576.º do Código Civil para efeitos de densificação do conceito constitucionalmente protegido de «família». Cf. “Família...”, p. 153 e ss.

<sup>2317</sup> J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, p. 561 ss. e JORGE MIRANDA & RUI MEDEIROS, *Constituição...*, 2.ª Edição, Tomo I, p. 808 e ss. Estes últimos autores defendem que há uma «abertura constitucional – se não mesmo uma obrigação – para conferir o devido relevo jurídico às uniões familiares “de facto”».

<sup>2318</sup> Ac. n.º 88/2004, de 10/02/2004. Uma conceção mais ampla de família, e não dependente da relação matrimonial, resultava já dos Ac. n.º 690/98, de 15/12/1998 e Ac. n.º 275/2002, de 19/06/2002. Sobre este ponto v. JOÃO CURA MARIANO, *O Direito da Família...*, p. 9 e ss.

<sup>2319</sup> Assim, JORGE MIRANDA & RUI MEDEIROS, *Constituição...*, 2.ª Edição, Tomo I, p. 813. Dá-se assim cumprimento à jurisprudência *Berrehab* do TEDH.

as «famílias recompostas»<sup>2320</sup>. Por fim, a CRP reconhece ainda a importância da família alargada, nesta compreendidos os ascendentes e os irmãos, tendo sido considerado pelo TC que a Constituição consagra o conceito de «família-estirpe»<sup>2321</sup>.

Em conclusão, a CRP dá abertura à pluralidade e diversidade das relações familiares<sup>2322</sup>. Assim o tem revelado a mais recente jurisprudência do Tribunal Constitucional, que tem demonstrado que a proteção constitucional da família «não se pode fechar à sociedade e não deve ignorar as concepções que, numa sociedade aberta e democrática, vão logrando impor-se ao longo dos tempos»<sup>2323</sup>.

Note-se, no entanto, que, como referem J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, o conceito de família protegido constitucionalmente não tem de ser uniforme em todos os domínios jurídicos<sup>2324</sup>.

## **2.5.2. O reconhecimento de direitos derivados de imigração através da proteção constitucional da unidade familiar**

### ***a) A doutrina portuguesa***

A doutrina portuguesa tem reconhecido que o direito fundamental à unidade familiar pode impor condicionamentos em matéria de imigração – seja no que toca à expulsão de membros da família, seja no que respeita ao reagrupamento familiar<sup>2325</sup>.

ANDRÉ DIAS PEREIRA fala de um *direito fundamental ao reagrupamento familiar*, que constituiria não apenas uma expressão do princípio da unidade familiar, mas mais, um *standard* mínimo do mesmo<sup>2326</sup>. Também é essa a posição de MARIA JOSÉ RANGEL MESQUITA<sup>2327</sup>. Por seu turno, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS elencam o direito ao reagrupamento familiar como um dos direitos fundamentais «novos»<sup>2328</sup>. No entanto, referem que, havendo uma ligação familiar efetiva com um estrangeiro residente em Portugal, a mesma não garante, necessariamente, a entrada dos familiares em território nacional. Mais referem que o art. 36.º não afasta a aplicação do art. 33.º e das normas legais nele baseadas, «não sendo constitucionalmente admissível uma leitura que negasse a aplicação do regime de asilo, expulsão e extradição aos estrangeiros e apátridas que tenham constituído uma família com um cidadão português ou com uma pessoa que, nos termos do art. 15.º, n.º1, se encontre

---

<sup>2320</sup> J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, p. 857.

<sup>2321</sup> Assim, o referido Ac. do TC n.º 690/98, que referiu que, sendo a família nuclear o primeiro círculo social do indivíduo, é nas relações familiares, na descoberta da pertença a um grupo marcado ou definido pelos laços sanguíneos e de afinidade que o indivíduo prossegue o seu desenvolvimento humano e social.

<sup>2322</sup> Assim, JORGE MIRANDA & RUI MEDEIROS, *Constituição...*, 2.ª Edição, Tomo I, p. 814 e ss.

<sup>2323</sup> Assim, vejam-se o Ac. n.º 121/2010, de 08/04/2010.

<sup>2324</sup> J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, p. 857.

<sup>2325</sup> Sobre este ponto, v. o nosso “Um Caso de Europeização...”, p. 48.

<sup>2326</sup> Cf. ANDRÉ DIAS PEREIRA, “A protecção jurídica..”, p. 89.

<sup>2327</sup> MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Os Direitos Fundamentais dos Estrangeiros...*, p. 161.

<sup>2328</sup> JORGE MIRANDA & RUI MEDEIROS, *Constituição...*, 2.ª Edição, Tomo I, p. 295.

ou resida em Portugal»<sup>2329</sup>. Assim, os autores consideram que, apesar da referência específica feita no art. 36.º, os filhos de um estrangeiro residente não têm, só por esse facto, o direito de aqui também residirem<sup>2330</sup>. No entanto, os autores reconhecem que a existência de vida familiar dos estrangeiros, protegida pela CRP, deverá ser tida em conta como fator de ponderação aquando da decisão sobre essas medidas. Por seu turno, J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA referem que a proteção constitucional da família pode, efetivamente, constituir um condicionamento à expulsão de estrangeiros<sup>2331</sup>.

Ora, as conclusões de JORGE MIRANDA & RUI MEDEIROS não afastam a consideração da proteção constitucional de direitos derivados de imigração por força da proteção da unidade familiar, já que mais não fazem que assinalar os limites a que os mesmos estarão sujeitos<sup>2332</sup>. Essa é a única interpretação que, de resto, permite conciliar as afirmações dos autores com o reconhecimento de um direito fundamental ao reagrupamento familiar, também por eles referido.

### ***b) A jurisprudência constitucional portuguesa***

O TC já foi chamado várias vezes a ponderar o direito à vida familiar dos estrangeiros com outros interesses legítimos do Estado, no que concerne a processos de expulsão.

No Ac. n.º 181/97, o TC julgou inconstitucional a norma constante do n.º1 do art. 34.º do DL n.º 15/93 de 22 de janeiro, quando interpretada no sentido de se aplicar uma pena de expulsão a um estrangeiro, com filhos de nacionalidade portuguesa e dependentes do mesmo<sup>2333</sup>. O TC fundamentou o seu juízo no respeito pelo direito fundamental à unidade familiar e, em particular, na garantia de não separação de pais e filhos. No entanto, o Tribunal considerou que o direito à unidade familiar, por si só, não bastaria para tornar ilegítima a expulsão de um estrangeiro com filhos menores, já que a mesma não implicaria necessariamente a separação da família, uma vez que os filhos poderiam seguir o expulsando. Decisivo para o juízo de inconstitucionalidade foi o facto de a dimensão normativa sob escrutínio se limitar aos casos em que os filhos menores do expulsando possuíam a nacionalidade portuguesa. No entender do TC, devido a esse facto, a norma em análise acarretaria uma de duas consequências: ou a separação de pais e filhos e consequente violação do art. 36.º, n.º6, ou a expulsão, embora consequencial, dos filhos de nacionalidade portuguesa a fim de poderem acompanhar o progenitor, e a consequente violação do art. 33.º, n.º1 da CRP<sup>2334</sup>.

---

<sup>2329</sup> *Idem*, p. 841.

<sup>2330</sup> *Ibidem*.

<sup>2331</sup> J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, p. 566.

<sup>2332</sup> ANA RITA GIL, “Um Caso de Europeização...”, p. 49.

<sup>2333</sup> Ac. n.º 181/97, de 05/03/1997.

<sup>2334</sup> O aresto teve o voto de vencido do Juiz Conselheiro BRAVO SERRA, que alegou que alguns dos argumentos utilizados poderiam igualmente servir para pôr em causa a aplicação de uma pena de prisão a progenitores com filhos menores. O TC alegou, porém, que nos casos de expulsão do território, contrariamente ao que se passava nos casos de prisão, os interesses de ordem pública visados pela norma não se apresentavam *como absolutos*. Assim, também o Ac. n.º 470/99, cit. Referindo que, apesar de a aplicação de pena de prisão poder acarretar uma quebra da unidade familiar, esta não é tão «drástica» como nos casos de expulsão, v. ANABELA COSTA LEÃO, “Ac. TC n.º 232/04 (expulsão de estrangeiros...)”, p. 33.

Este entendimento foi, posteriormente, seguido no Ac. n.º 470/99<sup>2335</sup> e, mais tarde, no Ac. n.º 232/2004<sup>2336</sup>. Neste último aresto, o Provedor de Justiça requereu a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral de várias normas que previam pena de expulsão, na parte em que permitiam essa aplicação a estrangeiros com filhos de nacionalidade portuguesa residentes em Portugal<sup>2337</sup>. O TC considerou que o raciocínio levado a cabo nos arestos precedentes era transponível para a maior parte das normas em causa<sup>2338</sup>. Assim, declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade dessas normas, enquanto aplicáveis a cidadãos estrangeiros que tenham a seu cargo filhos menores de nacionalidade portuguesa residentes em território nacional. A declaração de inconstitucionalidade teve na sua base a verificação de vários pressupostos. Em primeiro lugar, os estrangeiros expulsandos têm de ter filhos menores que *residam* em território português<sup>2339</sup>. Para ANABELA COSTA LEÃO, a exigência de os filhos residirem em território português visa reforçar a ideia de efetividade da vida familiar, visando-se, com esse requisito, «estabelecer uma radicação efectiva do núcleo familiar na ordem jurídica portuguesa». Consideramos, porém, que este requisito não se prende tanto com a *efetividade da vida familiar* mas, mais precisamente, com a interligação entre aquela vida familiar e o território português. A exigência de efetividade de vida familiar está relacionada com o segundo requisito. De acordo com o mesmo, os menores teriam de estar *a cargo dos pais*, devendo estes contribuir decisiva e efetivamente para o seu sustento e manter com eles uma relação de proximidade. Com este último requisito visou-se delimitar a proteção constitucional aos casos em que exista *vida familiar efetiva*. Mas, como também nota ANABELA COSTA LEÃO, o TC não foi ao ponto de exigir que os menores residam com os progenitores expulsandos, «uma vez que a unidade familiar e a efetividade da ligação entre pais e filhos dependerá da qualidade das relações afectivas, que porventura será mais fácil de existir em caso de coabitação, mas a realidade demonstra ser cada vez mais independente desta»<sup>2340</sup>. Assim, tal como resultará de uma interpretação constitucional à luz da proteção internacional dos direitos humanos, basta

---

<sup>2335</sup> Ac. n.º 470/99, de 14/07/1999. Estava em causa a aplicação de uma pena de expulsão a um estrangeiro pelo crime de violação de ordem de expulsão. Também aí o arguido tinha filhos de nacionalidade portuguesa residentes em Portugal. Não foi considerado relevante o facto de o estrangeiro ter entrado ilegalmente em território nacional, tendo o TC dado prevalência à proteção da unidade da família, em detrimento do interesse da preservação da legalidade.

<sup>2336</sup> Ac. n.º 232/2004, de 25/03/2004. Para um comentário do Acórdão, nomeadamente no que toca à delimitação do objeto do recurso e aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, v. ANABELA COSTA LEÃO, “Ac. TC n.º 232/04 (expulsão de estrangeiros...)”, p. 26 e ss.

<sup>2337</sup> Tratava-se dos arts. 10.º 1, n.º1, al. a) b) e) e n.º2 e art. 125.º do DL 244/98, de 8 de agosto (versão que se encontrava já revogada e não tinha, por isso, a redação dada pelo DL n.º 4/2001), 97.º do Código Penal, 68.º, n.º 1 do DL 59/93 de 3 de março, e 34.º, n.º1 do DL n.º 15/93, de 22 de janeiro.

<sup>2338</sup> A única norma que escapou ao juízo de inconstitucionalidade foi a constante do art. 97.º do Código Penal, por se tratar de uma norma que não se aplicava automaticamente, antes remetendo a respetiva concretização para legislação especial.

<sup>2339</sup> O aresto é claro, quando refere: «se, por hipótese, o estrangeiro abandonar o nosso país e levar consigo os filhos menores, não possuirá o direito de regressar, violando uma ordem de expulsão, mesmo que alegue para o efeito que traz consigo de volta ao território nacional os seus filhos. Nem se afirme que, dessa forma, se está a impedir cidadãos portugueses de entrar em território nacional: é indiscutível que os menores sempre poderão regressar ao seu País; o progenitor estrangeiro é que não poderá acompanhá-los nesse retorno». Consideramos, porém, que, contrariamente ao resto do aresto, esta passagem é formalista, sendo irreal considerar que os menores portugueses podem entrar no território sem a companhia dos pais.

<sup>2340</sup> Assim, também, ANABELA COSTA LEÃO, “Ac. TC n.º 232/04 (expulsão de estrangeiros...)”, p. 33.



a existência de uma relação entre pais e filhos para se considerar existir *ipso iure*, em geral, vida familiar. Por fim, os filhos menores teriam de possuir nacionalidade portuguesa.

Tal como a questão foi colocada pelo Provedor de Justiça no processo que deu origem ao aresto em causa, a garantia prevista no n.º 6 do art. 36.º foi apenas analisada sob o ponto de vista do direito fundamental *dos filhos* a não serem separados dos pais. Isso não significa, porém, que a CRP não garanta também um direito fundamental à unidade familiar da *titularidade dos pais estrangeiros*, nomeadamente a garantia de os mesmos não serem separados dos filhos<sup>2341</sup>. Outra coisa não deriva, de resto, do princípio da equiparação, beneficiando os estrangeiros, tal como os portugueses, do direito à unidade familiar.

No entender de JORGE MIRANDA & RUI MEDEIROS, a conclusão do TC não decorreu de uma aplicação direta do art. 36.º, n.º6, já que essa norma não impede a separação de pais e filhos justificada para a salvaguarda de outros bens protegidos constitucionalmente, como o demonstra a aplicação de uma pena de prisão a um cidadão pai de filhos menores. Os juízos de inconstitucionalidade mencionados alicerçaram-se, na opinião dos autores, na «verificação de que os interesses de ordem pública visados pela norma em causa não eram suficientemente relevantes para justificar, no caso concreto, a aplicação da pena acessória de expulsão do território nacional»<sup>2342</sup>. Ora, os autores limitam-se, uma vez mais, a assinalar a natureza limitável dos direitos fundamentais em causa, não pondo em questão a garantia dos mesmos. Assim, não concordamos com a afirmação de que a proteção constitucional contra expulsões neste contexto *não deriva* do art. 36.º, n.º6. No nosso entender, deriva dessa norma, a qual pode exigir o reconhecimento de um direito a permanecer no território para manutenção da unidade familiar, embora se possa restringir o mesmo nos casos em que os interesses públicos prosseguidos se demonstrarem prevaletentes. Como refere ANABELA COSTA LEÃO, no caso analisado, apesar de a medida de expulsão se poder ter como *adequada* a tutelar a ordem e segurança públicas, era duvidoso que fosse *necessária*, e, de qualquer forma, violaria o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, por importar sacrifícios aos direitos fundamentais em causa numa medida muito superior aos benefícios para os interesses públicos visados<sup>2343</sup>.

O Provedor de Justiça restringiu o recurso às situações em que os estrangeiros expulsandos tinham filhos residentes em Portugal com nacionalidade portuguesa, não o alargando às situações em que estes têm nacionalidade estrangeira mas sejam igualmente residentes. Não obstante, o TC abriu a porta a uma possível extensão do juízo de inconstitucionalidade aos casos em que toda a família é estrangeira, referindo que, em abstrato, «(...) em caso de conflito, o interesse da manutenção do vínculo familiar se deve sobrepor ao interesse do cumprimento da ordem de expulsão». Para tal, chamou à colação quer a jurisprudência do TEDH, quer a do TJ, que têm afirmado a proteção da unidade familiar em todos os casos. Ora, de facto, a leitura do direito à unidade familiar à luz do estado atual dos textos e jurisprudência internacionais deverá permitir uma extensão da proteção constitucional também aos casos em que todos os membros da família são estrangeiros. Como se teve oportunidade de analisar, a existência de filhos menores com a nacionalidade do país de acolhimento é apenas um fator tido em conta pelo TEDH nos casos em que reconheceu um direito à não expulsão, e não uma *conditio sine qua non*. Por outro lado, como vimos, o Tribunal de Estrasburgo concede prevalência ao respeito pela vida familiar nos casos em que esta não pode ser levada a cabo noutro local, o que pode acontecer por vários motivos. Assim, uma leitura das normas constitucionais à luz dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, aliada ao princípio da equiparação, exige

---

<sup>2341</sup> *Idem*, p. 32.

<sup>2342</sup> JORGE MIRANDA & RUI MEDEIROS, *Constituição...*, 2.ª Edição, Tomo I, p. 842.

<sup>2343</sup> ANABELA COSTA LEÃO, “Ac. TC n.º 232/04 (expulsão de estrangeiros...)”, p. 34.

que se considere que também deriva da Constituição uma proteção da unidade das famílias estrangeiras.

Por outro lado, o Provedor de Justiça pedia ainda a declaração de inconstitucionalidade de uma norma respeitante à *entrada* de estrangeiros do território nacional. Tratava-se da al. c) do n.º 2 do art. 25.º do DL n.º 244/98, de 8 de agosto, que previa a interdição de entrada aos estrangeiros indicados para efeitos de não admissão na lista nacional em virtude de terem sido condenados em pena privativa de liberdade de duração não inferior a um ano. O Provedor de Justiça alegou que a inscrição nessa lista e consequente interdição de entrada eram automáticas, não prevendo a norma qualquer ponderação, pelo que colidia com o art. 30.º, n.º 4 da CRP. A argumentação restringiu-se, porém, à violação da proibição de efeitos automáticos das penas, não se tendo invocado a violação do direito à unidade familiar.

O TC não conheceu desta segunda questão de inconstitucionalidade<sup>2344</sup>. Adiantou, contudo, que a fundamentação mobilizada não procederia, pois nos casos abrangidos pela norma em causa não se verificava a perda de qualquer direito civil, já que o problema se situava num momento anterior ao da entrada do estrangeiro em Portugal, e em que, por isso, o estrangeiro ainda não teria qualquer direito conferido pela ordem jurídica portuguesa. O TC afirmou, nesta sequência, que o princípio da equiparação «(...) é circunscrito aos estrangeiros que residam ou se encontram em território nacional». Esta fundamentação afigura-se-nos criticável, uma vez que, como defendemos na Parte II, o estrangeiro que pede uma autorização de entrada em território português coloca-se sob a jurisdição portuguesa, pelo que os princípios da Constituição portuguesa - entre eles o princípio da equiparação - lhe são aplicáveis<sup>2345</sup>.

Resta saber se esta consideração se alteraria se se tivesse tido em conta o direito à unidade familiar. Neste contexto, o Conselheiro MÁRIO TORRES referiu, no seu voto de vencido, que «só a declaração de inconstitucionalidade da norma que impede a autorização de entrada em território nacional de cidadão estrangeiro que tenha a seu cargo filhos menores de nacionalidade portuguesa (...) possibilitaria ao interessado o reagrupamento familiar em causa, pretensão esta que se mostra constitucionalmente tutelada». Também nós acompanhamos esta posição. Assim, consideramos que, se for confrontado com uma norma que impeça a entrada no território a estrangeiros progenitores de filhos de nacionalidade portuguesa residentes em Portugal, o TC deverá transpor o mesmo raciocínio usado para os casos de expulsão: a recusa de entrada ou envolve a separação dos filhos, violando-se o art. 36.º, n.º 6 da CRP, ou a impõe de saída destes do território nacional para que a família se possa reunir, violando-se o art. 33.º, n.º 1<sup>2346</sup>. Mas mais. Uma leitura da norma constitucional à luz do direito internacional dos direitos humanos exige ainda que se considere que o art. 36.º protege por si só, *prima facie*, o direito a entrar no território para efeitos de reunião com os membros da família, ainda que estrangeiros. Isso não impede, de resto, que tal direito possa ser sujeito a condições ou restrições consideradas legítimas.

---

<sup>2344</sup> A norma tinha sido alterada posteriormente à interposição do recurso, pelo que o TC considerou que não havia interesse em conhecer da sua eventual inconstitucionalidade.

<sup>2345</sup> Cf. *supra*, Parte II, Capítulo III, ponto 5.3.1.

<sup>2346</sup> Assim o defendemos já no nosso “Um Caso de Europeização...”, p. 60. Relembre-se, no entanto, que, de forma bastante formalista, o TC afirmou que o juízo firmado a propósito das medidas de expulsão não era transposto, sem mais, para os casos de recusa de entrada. Cf., *supra*, ponto 2.5.2.

### 2.5.3. Outras experiências constitucionais

A influência da jurisprudência do TEDH no reconhecimento da proteção da unidade familiar dos estrangeiros em matéria de imigração reflete-se na jurisprudência constitucional de vários Estados-Membros do Conselho da Europa. A título de exemplo, referiremos os casos da França e da Itália, que se afiguram paradigmáticas no que toca ao reconhecimento direitos derivados de imigração por força da proteção do direito à vida familiar.

#### a) França

Em França, começou por ser a jurisprudência administrativa, no célebre caso *GISTI*, a pronunciar-se sobre a questão da unidade familiar dos estrangeiros. O *Conseil d'État* referiu que resultava dos princípios gerais de direito reconhecidos pela ordem jurídica francesa e, nomeadamente, do preâmbulo da Constituição, que os estrangeiros regularmente residentes em França tinham o direito de levar a cabo uma vida familiar normal<sup>2347</sup>, o que compreendia o direito de a família permanecer «agrupada».

Seguidamente, foi a vez do *Conseil Constitutionnel* referir que o direito ao reagrupamento familiar deriva da consideração feita na 1ª alínea do preâmbulo da Constituição de 1946, recebido na Constituição de 1958, segundo a qual a nação assegura ao indivíduo<sup>2348</sup> e à família as condições necessárias ao seu desenvolvimento. Este entendimento foi afirmado, pela primeira vez, pela *Décision* n.º 93-325<sup>2349</sup>, que referiu expressamente que resultava da Constituição que os estrangeiros com residência estável e regular em França tinham, tal como os nacionais, o direito de levar a cabo uma vida familiar normal, o que compreendia a faculdade de fazer vir para junto de si os seus cônjuges e filhos menores. No entanto, tal direito foi reconhecido sob reserva de restrições respeitantes à salvaguarda da ordem pública e à proteção da saúde pública, que «constituem objectivos com valor constitucional»<sup>2350</sup>. Esta fórmula tornou-se clássica e repetida em toda a jurisprudência posterior. Ainda neste aresto, afirmou-se que as condições de uma «vida familiar normal» correspondiam às que vigoravam em França, e que, em particular, excluía a poligamia.

Na *Décision* n.º 97-389 DC, de 22/04/1997, por seu turno, considerou-se que a lei que previa a regularização do estatuto de estrangeiros, pais de filhos franceses menores de 16

---

<sup>2347</sup> Decisão do *Conseil d'État* de 8 de dezembro de 1978. Nesta decisão, o *Conseil d'État* pronunciou-se contra uma disposição regulamentar que interditava os membros da família dos estrangeiros de trabalharem, mas entendeu que esse princípio não impedia o Governo de regulamentar e impor restrições ao reagrupamento familiar. Sobre este caso, v. FABIENNE JAULT-SESEKE, *Le Regroupement Familial...*, p. 39 e ss., FREDERIC BONNOT, “Les Principes Généraux du Droit...”, p. 1384, HENRI LABAYLE, “L'article 8...”, p. 87, e, do mesmo autor, “La Diversité des Sources ...”, p. 14.

<sup>2348</sup> A escolha do termo «*individu*» foi determinante para se ter podido chegar à conclusão referida. Tal como refere HENRI LABAYLE, «*elle impliquait leur applicabilité à tout individu, c'est-à-dire à l'étranger*». Cf. “Le Droit de l'étranger...”, cit., p. 516.

<sup>2349</sup> *Décision* n.º 93-325 DC, de 13/08/1993. Sobre esta decisão, v. BRUNO GENEVOIS, “Un Statut Constitutionnel...”, p. 871 e ss. e RAPHAËL DÉCHAUX, “Le Droit au Regroupement...”, p. 213.

<sup>2350</sup> Neste aresto, o *Conseil Constitutionnel* declarou inconstitucional a norma que excluía os estudantes estrangeiros do campo de aplicação do direito ao reagrupamento familiar, bem como de um novo cônjuge na sequência de dissolução do anterior casamento. Mais referiu que o tempo de espera de dois anos teria de ser interpretado no sentido de que se podia requerer o reagrupamento no decurso desse período de tempo.

anos, não estabelecia uma diferença de tratamento injustificada, em relação aos que tivessem filhos de idade superior, já que tinha como objetivo permitir a presença dos pais no território, em idades em que tal presença se afigurava ainda indispensável para o sustento e educação dos filhos. Mais acrescentou, que, a partir dos 16 anos, os menores possuíam mais autonomia, não sendo tão necessária a presença dos progenitores.

A jurisprudência constitucional francesa configura, pois, o reagrupamento familiar como um direito constitucionalmente protegido, embora admita limites ao mesmo, derivados da proteção de valores também constitucionalmente protegidos. Trata-se de uma posição bastante impressiva, por ter sido retirada do preâmbulo da Constituição, já que não existe um direito expresso ao respeito pela vida familiar. Esta jurisprudência foi, pois, mais longe que a do próprio TEDH, que não afirma expressamente a existência de um direito ao reagrupamento familiar, embora tenha sido profundamente influenciada pela mesma<sup>2351</sup>. Este entendimento foi seguido pela Décision n.º 2005-528 DC<sup>2352</sup>, bem como pela Décision n.º 2006-539 DC<sup>2353</sup>, que, no entanto, deram mais relevo ao caráter limitado deste direito e à necessidade de o conjugar com outros valores. O último aresto analisou a constitucionalidade da nova lei relativa à imigração e integração, que viera transpor para a ordem jurídica francesa as disposições da Diretiva 2003/86/CE relativa ao reagrupamento familiar, tendo negado o juízo de inconstitucionalidade<sup>2354</sup>.

#### **b) Itália**

Por seu turno, a *Corte Costituzionale* italiana afirmou já que o respeito pelo direito à família implica o reconhecimento da garantia de reagrupamento familiar.

No entanto, esta jurisprudência nem sempre foi linear<sup>2355</sup>. Numa primeira fase, iniciada na década de noventa e que se prolongou até inícios dos anos 2000, a *Corte* sublinhava a importância constitucional da unidade familiar, afastando qualquer diferenciação da valorização desse princípio entre cidadãos e estrangeiros. Afirmava, assim, que o referido direito só podia ser limitado através da ponderação com outros valores constitucionais, e desde que não fosse afetado o seu núcleo essencial<sup>2356</sup>.

Na *Sentenza* n.º 28/95 de 12/01/1995, a *Corte* referiu que o imigrante trabalhador legal tem o direito ao reagrupamento familiar do cônjuge e filhos menores, não podendo perder esse direito mesmo que fique sem trabalho. Nessa decisão lê-se que o instituto do

---

<sup>2351</sup> HENRI LABAYLE sublinha a influência do art. 8.º da CEDH. Cf. “L’article 8...”, cit., p. 94. O *Conseil Constitutionnel* francês tem sido bastante criativo no reconhecimento dos direitos fundamentais, talvez por não se encontrar preso a um catálogo escrito destes direitos, o que tem levado alguns autores a compará-lo à criatividade do TJ. Assim, BRUNO DE WITTE, “The Past and the future role...”, p. 865.

<sup>2352</sup> Décision n.º 2005-528 DC de 15/12/2006.

<sup>2353</sup> Décision n.º 2006-539 DC de 20/07/2006.

<sup>2354</sup> A decisão refere que nenhum princípio ou regra constitucional assegura aos estrangeiros direitos de caráter geral e absoluto de acesso e permanência no território nacional. O *Conseil Constitutionnel* reafirmou, contudo que: «les dispositions nouvelles relatives au regroupement familial n’étaient pas contraires au droit des étrangers établis de manière stable et régulière en France de mener une vie familiale normale, dès lors qu’elles tendaient à garantir les conditions d’une vie familiale normale (...).». Sobre este aresto, v. HENRI LABAYLE, “La Diversité des Sources ...”, p. 14.

<sup>2355</sup> SILVIA SILVERIO, “Sulla condizione dello straniero extracomunitario...”, p. 655, PAOLO BONETTI, “Diritto all’ Unità Familiare...”, p. 861 e ss.

<sup>2356</sup> *Idem*, p. 656.

reagrupamento familiar exprime a garantia de convivência do núcleo familiar, que radica nas normas constitucionais que asseguram a proteção da família (art. 29.º e ss. da Constituição) e, em particular, no âmbito desta, a proteção dos filhos menores. A *Corte Costituzionale* afirmou assim que o direito dos pais e dos filhos menores a uma vida comum, *i.e.*, à unidade familiar, são direitos fundamentais da pessoa que pertencem também ao estrangeiro<sup>2357</sup>. O Tribunal afirmou, porém, que tal direito podia estar sujeito a condições impostas pelo legislador, derivadas da necessidade de realizar uma conjugação entre os vários interesses em conflito e de garantir que o imigrante podia assegurar à família «condições de vida normais».

Nesse sentido, a *Corte Costituzionale* julgou inconstitucional, na *Sentenza* n.º 203/97 de 17/06/1997, a disciplina em matéria de reagrupamento familiar, na parte em que não previa o direito de entrada no território a um progenitor estrangeiro, para se juntar ao filho estrangeiro aí residente com o outro progenitor, não unido pelo matrimónio ao primeiro<sup>2358</sup>. A *Corte*, depois de relembra que o direito à unidade familiar é um direito fundamental que pertence também ao estrangeiro, sublinhou que a disciplina legal violava o referido direito, por ignorar a situação daqueles que, não sendo unidos pelo casamento, são também titulares de direitos-deveres em relação aos menores.

Por seu turno, a *Sentenza* n.º 376/00 de 12/07/2000 julgou inconstitucional uma norma que não proibia a expulsão do marido de uma mulher grávida ou nos seis meses subsequentes ao nascimento do filho, por violação do direito à unidade familiar, no que toca especificamente à responsabilidade de ambos os progenitores em relação à educação dos filhos. A alta jurisdição italiana afirmou que, não obstante tal direito não encontrar especificamente plasmado na Constituição, se encontrava consagrado em vários instrumentos internacionais vinculativos do Estado italiano<sup>2359</sup>. Nesta decisão, a *Corte* afirmou ainda que os limites legais à unidade familiar deviam ser sindicados através de um critério mais exigente que o da simples *razoabilidade*.

Já na *Ordinanza* n.º 232 de 04/07/2001, a *Corte Costituzionale* afirmou que o exercício do direito ao reagrupamento familiar pode estar sujeito a certas restrições e condições impostas por lei, desde que precedidas de uma justa ponderação entre os vários interesses em presença<sup>2360</sup>. Nesse sentido, não julgou inconstitucional uma lei que não estendia as proibições de expulsão aos estrangeiros casados com outros cidadãos estrangeiros. Mais referiu que o legislador dispunha de ampla discricionariedade na matéria, devendo ser limitada apenas nos casos em que resultasse uma disciplina manifestamente irrazoável<sup>2361</sup>. Inaugurava-se, assim, uma nova fase na jurisprudência constitucional italiana, assente em critérios mais exigentes.

Assim, na *Sentenza* n.º 224/2005, de 06/06/2005, circunscreveu-se a proteção constitucional do reagrupamento familiar apenas à família nuclear, composta pelo cônjuge e filhos menores, afirmando-se ainda que a proteção, neste contexto, de outros membros da família dependia da discricionariedade do legislador, que poderia restringir tal direito no respeito pelo princípio da proporcionalidade. Nesse contexto, distinguiu entre «unidade

---

<sup>2357</sup> CECILIA CORSI, “Diritti Fondamentali e Cittadinanza...”, p. 801 e CORTE COSTITUZIONALE, *La Condizione Giuridica dello Straniero...*, p.123.

<sup>2358</sup> Sobre este ponto, v. MARCO CUNIBERTI, “Espulsione dello Straniero...”, p. 844.

<sup>2359</sup> Na *Ordinanza* n.º 192 de 13/05/2006 o Tribunal considerou que esta jurisprudência não era extensível às uniões de facto, considerando que a família constitucionalmente protegida era a fundada no matrimónio.

<sup>2360</sup> CORTE COSTITUZIONALE, *La Condizione Giuridica dello Straniero...*, p. 124.

<sup>2361</sup> Sobre este caso, v. PAOLO PASSAGLIA, & ROBERTO ROMBOLI, “La condizione giuridica...”, p. 35.

familiar», que apenas abrangia a família nuclear e correspondia a um direito constitucional, e «afecto familiar», que abrangia os ascendentes e filhos maiores, e se reconduzia a um simples interesse, que o legislador poderia limitar com mais liberdade e em nome de outros interesses, «de relevo», ainda que não necessariamente com valor constitucional. Por outro lado, o controlo da proporcionalidade seria limitado à manifesta irrazoabilidade<sup>2362</sup>.

Em conclusão, podemos referir que decorre da jurisprudência acabada de expor o reconhecimento derivado de direitos fundamentais de imigração por força da proteção do direito à unidade familiar, incluindo o direito ao reagrupamento familiar, embora se assinala que o legislador dispõe de margem de apreciação para estabelecer condições ou restrições no que toca ao exercício do mesmo.

## 2.6. LEI DE IMIGRAÇÃO PORTUGUESA

A atual lei de imigração portuguesa prevê, em várias disposições, a salvaguarda do direito à unidade familiar dos imigrantes. Tal salvaguarda é feita de várias formas: em primeiro lugar, através da previsão de um direito ao reagrupamento familiar (2.6.1.); em segundo lugar, através da previsão de limites respeitantes à interdição de entrada ou à expulsão de estrangeiros (2.6.2.); e, em terceiro lugar, através da possibilidade de regularização do estatuto em função da salvaguarda do respeito pela vida familiar (2.6.3.).

### 2.6.1. Reagrupamento familiar

Apesar do objetivo de transposição da Diretiva n.º 2003/86/CE, a lei de imigração portuguesa consagrou, nos arts. 98.º e ss., soluções mais favoráveis que aquele instrumento<sup>2363</sup>. Desde logo, não prevê um período de espera para que o imigrante possa exercer o direito ao reagrupamento familiar<sup>2364</sup>. O direito é reconhecido aos titulares de autorização de residência que haja sido concedida por um período mínimo de um ano. A lei permite, contrariamente à lei anterior, o direito ao reagrupamento com os membros da família que se encontrem já no território português e que aí tenham entrado legalmente.

Os membros da família cujo reagrupamento pode ser pedido são o cônjuge, os filhos menores ou incapazes a cargo do casal ou de um dos cônjuges, os menores adotados por efeito de decisão da autoridade competente do país de origem, os filhos maiores, a cargo do casal ou de um dos cônjuges, que sejam solteiros e se encontrem a estudar num estabelecimento de ensino em Portugal, os ascendentes na linha reta e em 1.º grau do

---

<sup>2362</sup> Sobre este ponto, v. SILVIA SILVERIO, “Sulla condizione dello straniero extracomunitario...”, p. 656.

<sup>2363</sup> Sobre a prática da regulação do reagrupamento familiar em Portugal. V. *inter alia*, MARIA LUÍSA FONSECA ET AL., *Reunificação Familiar e imigração*, CATARINA REIS OLIVEIRA, JOÃO CANCELA & VERA FONSECA, *Country Report: Portugal...*, CATARINA REIS OLIVEIRA, JOÃO CANCELA & VERA FONSECA, *Country Report: Portugal*, CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS, *Impacto das Políticas de Reagrupamento Familiar...*

<sup>2364</sup> Os tribunais administrativos portugueses sublinham que os consulados não podem recusar um visto para efeitos de reagrupamento familiar depois de o mesmo ter sido autorizado. Cf. Ac. do STA 27/07/2011, processo n.º 0442/11e Ac. do Tribunal Central Administrativo-Sul de 21/01/2010, processo n.º 05804/09. Sobre a jurisprudência dos tribunais administrativos em matéria de reagrupamento familiar, v. a anotação de ANDREIA SOFIA PINTO OLIVEIRA, “Legitimidade processual na intimação para proteção do direito ao reagrupamento familiar...”.

residente ou do seu cônjuge, desde que se encontrem a seu cargo, os irmãos menores, desde que se encontrem sob tutela do residente, de harmonia com decisão proferida pela autoridade competente do país de origem (art. 99.º). Para além do mais, *pode ser* ainda autorizado o reagrupamento do parceiro que mantenha com o cidadão estrangeiro residente, em território nacional ou fora dele, uma união de facto devidamente comprovada nos termos da lei, bem como com os filhos solteiros menores ou incapazes, incluindo os filhos adotados do parceiro de facto, desde que estes lhe estejam legalmente confiados (art. 100.º)<sup>2365</sup>. Estas são as condições de titularidade do direito. A lei prevê, depois, condições de exercício do direito, como a disposição de alojamento e a posse de recursos económicos (art. 98.º e 101.º)<sup>2366</sup>.

A lei estipula o prazo de três meses para a decisão, que pode ser estendido até a um máximo de mais três meses em circunstâncias excecionais. Na falta de decisão num prazo de seis meses, considera-se o pedido *tacitamente deferido* (art. 105.º, n.º3)<sup>2367</sup>.

O art. 106.º da lei portuguesa permite a recusa de um pedido de reagrupamento familiar quando as condições de exercício do direito não se encontrem reunidas, quando o membro da família se encontre interdito de entrar em território português, e quando a sua presença represente uma ameaça para a ordem pública, a segurança pública ou a saúde pública. Nestes casos, antes de qualquer decisão de recusa de entrada, há que ter em consideração a natureza e solidez dos laços familiares em causa, a duração da residência em Portugal e os laços existentes com o país de origem do requerente<sup>2368</sup>. Esta exigência resulta da transposição do art. 17.º da Diretiva 2003/86/CE, que consagrou a jurisprudência do TEDH a propósito dos casos de expulsão de estrangeiros. Devem ser tidos ainda em conta, de acordo com essa jurisprudência, e apesar de a lei não o mencionar, a idade e interesse superior das crianças envolvidas.

Assim, por exemplo, no que toca ao regime do reagrupamento familiar, antes de qualquer decisão de recusa de entrada, de indeferimento ou cancelamento de autorização de residência, a administração tem de ter em consideração a natureza e solidez dos laços familiares em causa, a duração da residência em Portugal e os laços existentes com o país de origem do requerente (art. 106.º, n.º 3, e 108.º, n.º3).

Assim, a consagração legal do reagrupamento familiar encontra-se feita de forma mais favorável que a prevista na Diretiva, escapando, por isso, a muitas das críticas que se assinalaram ao regime europeu. Ainda assim, o princípio da proporcionalidade, afirmado pelo TJ, deve pautar as decisões relativas aos casos concretos, nomeadamente no que toca à análise do respeito pelos requisitos de exercício do direito, como a posse de recursos económicos suficientes.

O direito ao reagrupamento familiar encontra-se ainda expressamente previsto para os detentores do estatuto de residentes de longa duração em outro Estado-Membro da UE que

---

<sup>2365</sup> Neste caso a lei não prevê um direito subjetivo, mas um poder discricionário da administração. V. JÚLIO A. C. PEREIRA & JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *Direito de Estrangeiros...*, p. 334. Estas duas categorias de familiares são abrangidas pelo direito ao reagrupamento familiar do titular do estatuto residente de longa duração, nos termos do art. 118.º.

<sup>2366</sup> Distinguindo estas duas condições, JÚLIO A. C. PEREIRA & JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *Direito de Estrangeiros...*, p. 341. Sobre as dificuldades de prova dos vários requisitos na prática, v. CATARINA REIS OLIVEIRA, JOÃO CANCELA & VERA FONSECA, *Country Report: Portugal...*, p. 36 e ss.

<sup>2367</sup> De acordo com Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre a aplicação da Diretiva 2003/86/CE, apenas outros dois Estados-Membros estipulam semelhante efeito. Cf. p. 11.

<sup>2368</sup> Art. 106.º, n.º3. As mesmas considerações valem para a decisão de cancelamento da autorização de residência, nos termos do art. 108.º, n.º3.

se desloquem para Portugal (art. 118.º) e para os beneficiários do “cartão azul UE” (art. 121.º-A).

### 2.6.2. Limites às decisões de recusa de entrada e de expulsão

Para além do direito ao reagrupamento familiar, a lei prevê a proteção da família do imigrante através da estipulação de limites ao *ius includendi et excludendi*.

Desde logo, nos termos do art 36.º, o Estado não pode impedir a *entrada* dos estrangeiros que tenham a seu cargo filhos menores de nacionalidade portuguesa ou estrangeira, neste caso com residência legal em Portugal, sobre os quais exerçam efetivamente as responsabilidades parentais e a quem assegurem o sustento e a educação. Por outro lado, a lei prevê a proteção da unidade familiar entre pais e filhos menores independentemente da nacionalidade destes últimos, indo mais longe do que a jurisprudência constitucional referida. No entanto, a redação primitiva da lei estipulava estes limites de forma absoluta, ultrapassando os desenvolvimentos da jurisprudência do TEDH, já que, nos casos mencionados, era *sempre* dada preponderância à vida familiar, independentemente dos interesses públicos que, em concreto, pudessem justificar a adoção de uma medida de interdição de entrada. No entanto, a nova redação do art. 36.º, introduzida pela Lei n.º 29/2012, de 09 de agosto, veio eliminar as proibições de interdição de entrada em alguns casos. Trata-se dos casos previstos no art. 33.º, respeitante à indicação de estrangeiros no sistema de informação Schengen (SIS) das seguintes categorias de estrangeiros: (a) que tenham sido expulsos do país, (b) em relação aos quais existam fortes indícios de terem praticado factos puníveis graves e ainda em relação aos quais existam fortes indícios de que *tencionam praticar* factos puníveis graves, ou que constituem uma ameaça para a ordem pública, para a segurança nacional ou para as relações internacionais de um Estado-Membro da União Europeia ou de Estados onde vigore a CAAS, (c) bem como aqueles que tenham sido indicados para os mesmos efeitos por terem sido condenados em pena privativa de liberdade de duração não inferior a um ano, ainda que esta não tenha sido cumprida, ou que tenham sofrido mais de uma condenação em idêntica pena, ainda que a sua execução tenha sido suspensa. Nestes casos, não se aplica a *proibição absoluta* de exclusão de estrangeiros. No entanto, a medida de interdição de entrada terá sempre de ser ponderada com a vida familiar do estrangeiro, como o exige o art. 36.º da CRP, lido à luz dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, aliado ao princípio da equiparação.

A lei portuguesa estabelece também limites à *expulsão* de estrangeiros do território com fundamento no respeito pela unidade familiar. Esses limites são, uma vez mais, a consagração da jurisprudência constitucional e da jurisprudência do TEDH. Em alguns aspetos, vão, porém, mais longe que estas. O anterior regime jurídico da imigração, regulado pelo Decreto-lei n.º 244/98, de 8 de agosto, com as alterações do Decreto-lei n.º 4/2001, de 10 de janeiro, havia já criado a categoria de estrangeiros inexpulsáveis, no art. 101.º, n.º 4, que abrangia, *inter alia*, os estrangeiros que tinham filhos menores residentes em território português sobre os quais exercessem efetivamente o poder paternal à data da prática dos factos que determinaram a aplicação da pena, e a quem assegurassem o sustento e a educação, desde que a menoridade se mantivesse no momento previsível de execução da pena. Na lei atual são previstos limites semelhantes. Assim, nos termos do art. 135.º, não podem ser expulsos os estrangeiros que tenham efetivamente a seu cargo filhos menores de nacionalidade portuguesa ou estrangeira a residir em Portugal, sobre os quais exerçam efetivamente as



responsabilidades parentais e a quem assegurem o sustento e a educação<sup>2369</sup>. Se no primeiro caso se trata da conjugação do princípio da unidade familiar com o princípio da proibição de expulsão de nacionais, e uma positivação da jurisprudência do TC<sup>2370</sup>, já no segundo caso pretende-se dar pleno cumprimento ao princípio da unidade familiar, pois o filho menor não é português, não havendo outro normativo constitucional que impeça a saída do mesmo do território nacional.

Também esta norma previa uma proibição absoluta de expulsão, tendo igualmente sido alterada em 2009. Passou-se então, também, a prever exceções a esta proibição. Uma medida de expulsão pode agora ser aplicada aos estrangeiros mencionados em caso de atentado à segurança nacional ou à ordem pública ou nas situações previstas nas alíneas c) e f) do n.º 1 do art. 134.º (estrangeiros cuja presença ou atividades no país constituam uma ameaça aos interesses ou à dignidade do Estado Português ou dos seus nacionais e estrangeiros em relação ao qual existam sérias razões para crer que cometeram atos criminosos graves ou que tencionam cometer atos dessa natureza, designadamente no território da União Europeia).

Ora, a previsão destas exceções constituiu uma assinalável diminuição das garantias até então previstas para salvaguarda da unidade familiar. Algumas dessas exceções podem levar a insegurança jurídica ou a aplicação arbitrária, por assentarem em conceitos vagos como «ordem pública» ou «actos criminosos graves». Tal como se referiu *supra* no que toca às interdições de entrada, também aqui, mesmo que estejam em causa os referidos motivos de expulsão, o Estado só pode proceder à aplicação dessa medida depois de ponderados os vários interesses públicos e privados em jogo. A jurisprudência do TEDH fornece, neste contexto, referenciais que podem servir de importantes critérios-guia.

### 2.6.3. Regularização do estatuto

O Decreto-lei n.º 244/98, de 8 de agosto permitia já a regularização do estatuto de imigrantes que se encontrassem em situação irregular no nosso país em casos destinados à salvaguarda da vida familiar<sup>2371</sup>, nomeadamente dos estrangeiros que tinham filhos menores residentes em Portugal ou com nacionalidade portuguesa.

---

<sup>2369</sup> Os nossos tribunais têm feito uma interpretação muito rigorosa destes requisitos. Cabe mencionar o Ac. de 14/04/2011 (proc. n.º 40/08.1PJCS), em que o STJ, tendo embora sublinhado que deveria ser feito um equilíbrio entre o direito à família e a proteção da ordem pública e prevenção de infrações, confirmou a condenação de um estrangeiro em 8 anos de prisão e numa pena acessória de expulsão, exatamente um dia antes de um filho seu nascer. Em novo Acórdão, de 27/10/2011 (proc. n.º 131/07.6PJAMD-C.S1), o STJ referiu que a proteção de estrangeiros contra expulsão nos casos de proteção da vida familiar apenas se referia a factos ocorridos depois de o estrangeiro ser pai. Cabe ainda referir o Ac. do STJ, de 04/02/2015 (proc. n.º 64/11.1PJAMD-B.S1), que não aplicou a proibição em causa a um estrangeiro, pai de menor de nacionalidade portuguesa, por o mesmo não exercer as responsabilidades parentais sobre o menor, e contribuir apenas de forma «indireta» para o sustento da criança. Não se considerou determinante para tal o argumento de «impedimento» de exercício dessas responsabilidades pelo facto de o recorrente estar preso. O STJ afirmou que «esta situação, tal como é descrita pelo recorrente, não integra seguramente a que o legislador pressupõe como obstáculo à expulsão, e que assenta no princípio da proteção da unidade da família e dos interesses da criança. Aqui não há laços familiares, ainda que de facto, a unir o arguido à mãe do menor, e os interesses do menor não exigem a permanência do pai em território português, já que ele não exerce, nem nunca exerceu, as responsabilidades parentais, nem contribui diretamente (ou seja, ele próprio, à sua custa) para o sustento e a educação do menor».

<sup>2370</sup> Cf. *supra*, ponto 2.5.2. do presente capítulo.

<sup>2371</sup> Assim, o art. 56.º, n.º 2 e o art. 87.º, ambos na redação introduzida pelo Decreto-lei n.º 4/2001.

A lei atual prevê ainda outros meios de regularização do estatuto assentes no objetivo de salvaguarda da unidade familiar. Assim, desde logo (e tal como o regime anterior), o próprio instituto do reagrupamento familiar pode servir para a regularização do estatuto dos membros da família de um titular de autorização de residência que se encontrem ilegalmente em Portugal, desde que aí tenham entrado legalmente (n.º 2 do art. 98.º). Por outro lado, o art. 122.º prevê várias possibilidades de concessão de autorização de residência com dispensa de visto de residência que têm precisamente como fundamento a proteção da unidade familiar do imigrante. Assim, não carecem de visto os menores que nasçam em território português e sejam filhos de cidadãos estrangeiros titulares de autorização de residência (n.º1, a))<sup>2372</sup>. Os menores aqui nascidos e que aqui se encontrem a frequentar estabelecimento de ensino beneficiarão de autorização de residência. Neste caso, não é necessário os progenitores serem residentes para que os menores sejam abrangidos por essa disposição<sup>2373</sup> (n.º1, b)). Mas para se dar efeito prático a esta possibilidade, o n.º 4 do art. 122.º permite a concessão de autorização de residência aos *ascendentes de 1º grau* que sobre esses menores exerçam efetivamente o poder paternal. Permite-se que o pedido seja feito em simultâneo. Trata-se da salvaguarda do direito à unidade familiar, através da regularização do estatuto dos ascendentes, que não beneficiariam do reagrupamento familiar, por aí se exigir que os ascendentes se encontrem, eles, a cargo do requerente. Seguidamente, podem obter autorização de residência os filhos de titulares de autorização de residência que tenham já atingido a maioridade e tenham permanecido em território nacional desde os 10 anos de idade (n.º1, c)). Trata-se aqui de pessoas que não nasceram no território nacional e apesar de aí terem os seus progenitores, nunca chegaram a regularizar a sua situação através da figura do reagrupamento familiar. Uma vez atingida a maioridade, e se não cumprirem os requisitos que o art. 99.º, n.º1, d) exige para o reagrupamento de filhos maiores, resta-lhes, ainda assim, esta via para a regularização da sua situação.

Por fim, pode ainda ser regularizado o estatuto dos estrangeiros que tenham filhos menores residentes em Portugal, ou com nacionalidade portuguesa, sobre os quais exerçam efetivamente o poder paternal e a quem assegurem o sustento e educação (art. 122.º, n.º1, k)). Como estas pessoas não podem ser expulsas, terão de obter um estatuto legal<sup>2374</sup>.

Às demais situações que não se encontrem previstas nestas categorias, poderá, ainda assim, abrir-se a via da regularização através da concessão de uma autorização de residência excecional, cujo regime vem previsto no art. 123.º, e ao qual já se aludiu *supra*<sup>2375</sup>. Os estrangeiros que beneficiem de um direito derivado à não expulsão por força das normas constitucionais, lidas à luz dos instrumentos de proteção dos direitos humanos, devem obter um estatuto legal por esta via.

---

<sup>2372</sup> Não se trata aqui, a bem dizer, de uma *regularização do estatuto*, já que o art. 124.º determina que esses menores beneficiam de estatuto idêntico ao concedido a qualquer dos seus progenitores. Podem considerar-se, nesse seguimento, *residentes por nascimento*. Assim, JOSÉ A.C. PEREIRA & JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *Direito de Estrangeiros...*, p. 394.

<sup>2373</sup> JOSÉ A.C. PEREIRA & JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *Direito de Estrangeiros...*, p. 395.

<sup>2374</sup> Não se deve interpretar a lei no sentido de se exigir que o estrangeiro requerente é totalmente responsável pelas despesas de sustento e educação, sendo apenas decisivo que haja um envolvimento e disponibilidade naquilo que lhe for exigível. Assim, JÚLIO A. C. PEREIRA & JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *Direito de Estrangeiros...*, p. 401.

<sup>2375</sup> Cf. 1.5. do presente capítulo.

## 2.7. SÍNTESE CONCLUSIVA

Após o percurso realizado pelos vários instrumentos normativos que consagram um direito à unidade familiar, estamos em condições de afirmar que hoje se podem proteger direitos de imigração, *derivados* daquele direito. Esses direitos podem traduzir-se num direito a entrar, a permanecer ou a obter estatuto legal, de forma a garantir-se a manutenção da unidade familiar do estrangeiro.

Esses direitos de imigração não recebem sempre o mesmo nível de proteção nos instrumentos normativos analisados. De facto, no que toca à CEDH, um “direito de entrada”, ou, mais especificamente, um “direito ao reagrupamento familiar”, só é reconhecido, de acordo com a jurisprudência do TEDH, como *ultima ratio*. Outros instrumentos de proteção dos direitos humanos consagram uma *garantia institucional* do reagrupamento familiar, no sentido de que esse instituto deve ser previsto nas legislações dos Estados-Parte. A CDC impõe ainda a especial tomada em consideração do interesse prevacente das crianças envolvidas nos procedimentos de reagrupamento familiar, bem como a análise dos pedidos de *forma positiva*. Já o Direito da UE reconhece um direito ao reagrupamento familiar enquanto *direito subjetivo*. A nossa doutrina, por seu turno, inclina-se para o reconhecimento de um direito *fundamental material* ao reagrupamento familiar, que resulta dos art. 36.º e 67.º da CRP, lidos à luz do princípio da equiparação, firmado no art. 15.º. O direito ao reagrupamento familiar recebe depois proteção na lei, que veio transpor as obrigações resultantes da Diretiva sobre o Reagrupamento Familiar, mas que consagrou soluções menos restritivas.

Já no que toca ao “direito a permanecer” ou a não ser expulso do território, o mesmo é reconhecido de forma mais favorável pela jurisprudência do TEDH, bem como pelo Comité dos Direitos Humanos, embora receba uma proteção menos expressiva nos demais instrumentos analisados e no Direito da UE.

Os direitos ao reagrupamento familiar, à não expulsão e à obtenção de estatuto legal constituem garantias que, na terminologia de ALEXY, estão *prima facie* incluídas no direito fundamental à unidade familiar, independentemente de possíveis restrições legislativas<sup>2376</sup>. E assim é porque as mesmas constituem *condições de realização* desse direito, previsto nos arts. 36.º e 67.º da CRP, ou, por outras palavras, *garantias de realização* deste último, o qual também é da titularidade dos estrangeiros que residam ou se encontrem em Portugal, nos termos do art. 15.<sup>º2377</sup>.

A esse entendimento chegamos também se fizermos uma leitura dessas disposições constitucionais à luz dos níveis de proteção mais elevados existentes no direito internacional e europeu. Nos casos de entrada, tal nível resulta da proteção oferecida pela conjugação de vários instrumentos. Desde logo, pelo Direito da UE, que consagra expressamente um *direito subjetivo* ao reagrupamento familiar, apesar da sua subordinação a vários requisitos. Depois, as restrições a tal direito têm de respeitar a CDC, bem como o princípio da proporcionalidade, desenvolvido pelo TJ e pelo TEDH.

Por fim, de vários instrumentos analisados, resulta ainda a *garantia institucional* do reagrupamento familiar. Dessa garantia deriva a obrigação de o legislador consagrar o instituto e de não tornar o seu exercício demasiado oneroso, o que implica não só uma obrigação de criar um procedimento de apreciação de pedidos de reagrupamento familiar<sup>2378</sup>,

---

<sup>2376</sup> Assim, ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais...*, p. 302.

<sup>2377</sup> Com uma formulação semelhante, RAPHAËL DÉCHAUX, “Le Droit au Regroupement...”, p. 215.

<sup>2378</sup> Assim, também, *idem*, p. 217.

mas ainda a previsão de requisitos de exercício justos e adequados. O legislador pode, assim, regular o modo de exercício do direito ao reagrupamento familiar e estabelecer condições para a sua efetivação, como a posse de recursos suficientes de subsistência, respeito pela ordem e segurança públicas, bem como pela saúde pública.

Mas da proteção constitucional da unidade familiar, resultante dos arts. 36.º e 67.º, deriva ainda a garantia de não expulsão quando tal medida acarrete a separação da família. Neste ponto, o nível mais elevado de proteção corresponde à jurisprudência do TEDH, que tem afirmado que qualquer decisão de afastamento de estrangeiros tem de ser *necessária numa sociedade democrática*, independentemente do estatuto destes, do estatuto dos familiares e dos motivos que justificam a aplicação das medidas. A esta jurisprudência deve aliar-se ainda a tomada em consideração do superior interesse da criança, tal como exige a CDC. Por fim, em casos de proibição de expulsão, e se o estrangeiro tiver um estatuto irregular no território, deve-lhe ser concedido um título legal. Trata-se, como se afirmou também no que toca à proibição de expulsão para efeitos de proteção contra tortura, tratamentos desumanos e degradantes, de uma forma de garantir que o estrangeiro pode gozar de forma efetiva os direitos de que é titular<sup>2379</sup>.

Como se viu, contrariamente aos direitos derivados de imigração decorrentes da proibição de sujeição a tortura ou tratamentos desumanos ou degradantes, o direito derivado agora aqui em análise *não é um direito absoluto*. Trata-se aqui de um direito limitável ou restringível, em nome de interesses públicos que possam ser tidos como prevalecentes. Essa restrição terá, porém, de respeitar os vários pressupostos impostos pelo princípio da proporcionalidade. Mas, note-se, o facto de o direito à unidade familiar do estrangeiro ser limitável não lhe retira a natureza de *direito*, de que os beneficiários gozam *prima facie*.

Por fim, cabe sublinhar que as limitações a tal direito, para além de respeitarem o princípio da proporcionalidade, devem ainda deixar intocado o núcleo do mesmo, o qual corresponde à salvaguarda da possibilidade de se levar a cabo uma vida familiar. Assim, as garantias mencionadas não podem ser afastadas se constituírem a *única forma* de se poder levar a cabo a vida familiar. Se o critério do “local de residência alternativo” não tem, no nosso entender, qualquer papel a desempenhar no que toca ao *reconhecimento da existência* dos presentes direitos derivados de imigração, ele configura, pelo contrário, em sede de determinação do núcleo intangível desse direito, um indício importante para se saber se tal núcleo se encontra salvaguardado após todas as restrições legislativas que possam operar.

---

<sup>2379</sup> Cf. *supra*, ponto 1.6.

### 3. RESPEITO PELA VIDA PRIVADA

Neste ponto pretende-se analisar se, nos vários instrumentos normativos aqui estudados, se reconhecem direitos de imigração derivados da proteção de um direito à *vida privada*<sup>2380</sup>, que podemos definir como abrangendo a esfera de ações e relação que emanam e estão relacionadas com uma pessoa<sup>2381</sup>. Tal direito decorreria do reconhecimento que as pessoas possuem, na formulação de JOSEPH CARENS, um interesse «profundo e vital» em poderem continuar a viver numa sociedade onde se estabeleceram, se integraram e criaram raízes»<sup>2382</sup>. Neste contexto, NICOLAS FERRAN fala de um direito a entretecer relações com os semelhantes, bem como de um direito de integração no país<sup>2383</sup>. Por seu turno, HUGO STOREY fala da proteção do «lar» (*«home»*)<sup>2384</sup>, e RUT RUBIO MARIN & RORY O'CONNELL, de «direito à estabilidade da residência»<sup>2385</sup>. Trata-se de reconhecer que os laços criados entre os estrangeiros e determinado Estado de acolhimento são suficientemente fortes, reclamando proteção contra medidas que os quebrem.

Um direito de imigração por via da proteção da vida privada traduzir-se-ia na proibição de expulsão que implicasse retirar uma pessoa do meio social e cultural em que a mesma está integrada<sup>2386</sup>. Mas tal direito poderia ainda impor obrigações positivas, como a concessão de um estatuto estável ao estrangeiro, ou a de obrigar um Estado a aceitar a entrada de um estrangeiro no seu território, onde reside, depois de se ter ausentado do mesmo. Esta via de proteção de direitos derivados de imigração abrange apenas, pois, estrangeiros que já possuem previamente uma ligação com o território de acolhimento.

Ora, tem-se assistido efetivamente ao surgimento de tal proteção derivada, por força desta ideia da proteção dos laços com o país de residência ou de proteção dos estrangeiros «integrados». No contexto da jurisprudência dos órgãos de garantia da CEDH, ela decorre do art. 8.º da CEDH, que abrange não só a vida familiar, mas também o direito à vida privada (3.1.). Noutros contextos, tem-se ainda tentado desenvolver tal direito pela via de uma interpretação extensiva do “direito a entrar no seu próprio país”, como são disso testemunhas algumas decisões do Comité de Direitos Humanos das N.U. e de outros organismos internacionais (3.2.). O direito da UE tem também conferido proteção aos chamados “estrangeiros integrados”, por diversas vias, que podem igualmente considerar-se manifestações da proteção do direito à vida privada dos mesmos (3.4.). Por fim, importará analisar de que forma esta ideia pode receber acolhimento na nossa Constituição (3.5.) e de forma é acolhida na nossa lei (3.6.).

---

<sup>2380</sup> Sobre a evolução da proteção do direito à vida privada em direito internacional dos direitos humanos em geral, v. JACQUES VELU & RUSEN ERGEC, *La Convention Européenne ...*, p. 535 e ss. Sobre a jurisprudência do TEDH em matéria de proteção da vida privada em geral, v. CARLO RUSSO, “Article 8...”, p. 309 e ss.

<sup>2381</sup> Assim, PIETER BOELES, MAARTEN DEN HEIJER, GERIE LODDER & KEES WOUTERS, *European Migration Law...*, p. 207.

<sup>2382</sup> JOSEPH CARENS, “Who Should Get In?...”, p. 95.

<sup>2383</sup> NICOLAS FERRAN, “La Politique de Maîtrise des Flux Migratoires ...”, p. 285.

<sup>2384</sup> HUGO STOREY, “The Right to Family Life ...”, p. 340.

<sup>2385</sup> RUTH RUBIO MARIN & RORY O'CONNELL, “The European Convention...”, p. 7 e ss.

<sup>2386</sup> SYLVIE SAROLÉA, *Droits de l'Homme...*, p. 227.

### 3.1. JURISPRUDÊNCIA DOS ÓRGÃOS DE GARANTIA DA CEDH

#### 3.1.1. Conceito de vida privada

O TEDH tem evitado definir de forma exaustiva o conceito de “vida privada”<sup>2387</sup>. A respetiva jurisprudência desenvolveu o âmbito de proteção desse direito para além da esfera íntima das relações pessoais, de forma a englobar, também, o direito de o indivíduo tecer e desenvolver relações com os seus semelhantes. Foi no caso *Niemietz* que o TEDH desenvolveu esse conceito de “vida privada”, tendo afirmado que: «*it would be too restrictive to limit the notion [of private life] to an “inner circle” in which the individual may live his own personal life as he chooses and to exclude therefrom entirely the outsider world not encompassed within that circle. Respect for private life must also comprise to a certain degree the right to establish and develop relationships with other human beings*»<sup>2388</sup>. Por seu turno, no caso *Sidabras e Džiantas*, afirmou que o direito de exercer uma atividade profissional relevava da vida privada<sup>2389</sup>. Por fim, no caso *Omojudi*, referiu que a vida privada abarcava ainda os aspetos relativos à identidade social dos indivíduos, neles compreendidos os laços sociais existentes entre os estrangeiros estabelecidos e a comunidade em que vivem<sup>2390</sup>.

Esta dimensão da vida privada está relacionada com o direito ao desenvolvimento pessoal. Assim, o direito à vida privada abrange não apenas a liberdade face a interferências do mundo exterior, como ainda a liberdade de desenvolvimento da personalidade individual<sup>2391</sup>. Assim, na formulação de J.P. MARGUÉNAUD, ao direito à «vida privada pessoal», veio juntar-se o direito à «vida privada social»<sup>2392</sup>.

#### 3.1.2. Evolução da jurisprudência: do respeito pela “vida familiar” ao respeito pela “vida privada e familiar”

A ComEDH começou por afirmar que um estrangeiro autorizado a residir temporariamente num país devia estar consciente do *caráter precário* dos laços sociais que poderia estabelecer com a comunidade, pelo que uma medida de expulsão não constituiria, *a se*, uma ingerência na vida privada<sup>2393</sup>.

No que toca à jurisprudência do TEDH, durante muito tempo a situação dos estrangeiros integrados era analisada apenas do ponto de vista da salvaguarda da sua *vida familiar*. Como se viu, numa primeira fase o TEDH concedia uma proteção acrescida aos estrangeiros integrados na sociedade de acolhimento, como os chamados “imigrantes de segunda geração”, o que levou a várias críticas por parte da doutrina, por se considerar a

---

<sup>2387</sup> CARLOS RUIZ MIGUEL, *El Derecho a la Protección...*, p. 34.

<sup>2388</sup> Dec. de 16/12/1992, *Niemietz c. Alemanha*, queixa n.º 13710/88.

<sup>2389</sup> Dec. de 27/07/2004, *Sidabras e Džiantas c. Lituânia*, queixas n.º 55480/00 e 59330/00.

<sup>2390</sup> Dec. de 24/11/2009, *Omojudi c. Reino Unido*, queixa n.º 1820/08.

<sup>2391</sup> AAGJE IEVER, “Privacy Rights in Conflict...”, p. 67.

<sup>2392</sup> JEAN-PIERRE MARGUÉNAUD, “Le Droit à une Vie Familiale...”, p. 34.

<sup>2393</sup> Dec. de 08/12/1981, *X c. República Federal da Alemanha*, queixa n.º 9478/81. Sobre a jurisprudência da ComEDH neste contexto, v. HUGO STOREY, “The Right to Family Life ...”, p. 340.

jurisprudência demasiado garantista<sup>2394</sup>. Ora, não obstante os órgãos de garantia da CEDH analisarem esses casos sob o ponto de vista da salvaguarda da *vida familiar*, em boa verdade tomavam em consideração vários fatores que extravasavam a simples vida familiar, como as ligações com o país de acolhimento, a inserção do estrangeiro no mesmo, o seguimento da cultura e o uso da língua<sup>2395</sup>. Esse facto é particularmente notório no caso *Yilmaz*, em que o TEDH situa no contexto da vida familiar circunstâncias como o facto de o recorrente ter nascido no país de acolhimento, aí ter residido toda a vida e ser detentor de um título de residência permanente<sup>2396</sup>.

Durante algum tempo, porém, esses fatores funcionavam apenas como fatores *adicionais*, que acrescentavam peso ao fator “vida familiar” existente no território. O TEDH enriquecia a sua análise do respeito pela vida familiar com fatores que dizem respeito, mais propriamente à vida privada<sup>2397</sup>. Em casos relativos a medidas de expulsão, a duração da estadia no Estado de acolhimento ou a intensidade dos laços com a respetiva sociedade não eram, só por si, considerados motivos suficientes para evitar a expulsão, sendo necessário combinar os elementos relativos à vida familiar com os elementos respeitantes à proteção da vida privada. Assim, em alguns casos, o TEDH não deixou de considerar que o simples facto de o estrangeiro ter nascido e vivido toda a sua vida no país de acolhimento não era suficiente para se considerar ilegítima a sua expulsão para o “país de origem”<sup>2398</sup>. Não obstante, e apesar de analisar esses fatores, relevantes da esfera da vida social do estrangeiro, o TEDH escusava-se a analisar se as medidas em causa constituíam, de facto, uma ingerência na vida privada<sup>2399</sup>.

Não obstante, com o desenvolvimento da jurisprudência nestes casos, o TEDH começou a atribuir cada vez mais peso aos critérios respeitantes aos laços do estrangeiro no território de acolhimento<sup>2400</sup>, sem, contudo, abandonar a análise sob o ponto de vista do respeito pela “vida familiar”, o que levou alguns autores a falar de uma «diluição» do conceito de vida familiar<sup>2401</sup>.

Alguns juízes do TEDH começaram a referir, em várias declarações de voto, que o TEDH deveria assumir que, nos casos dos estrangeiros “integrados” ou “de segunda geração” o que estaria em causa, mais do que a proteção da vida familiar, seria a proteção da *vida privada*. A primeira dessas opiniões foi emitida no caso *Nasri*, onde alguns juízes sugeriram que era necessário tomar em consideração os efeitos da expulsão na *vida privada* do estrangeiro. A vida privada seria, de acordo com estas opiniões, uma categoria maior, na qual se inseriria a vida familiar como subcategoria. Veja-se a opinião do juiz MORENILLA: *«deportation from a country in which the person concerned has lived from birth or from childhood constitutes an interference with his private and personal sphere where it entails, as in this case, the separation of the person concerned from*

<sup>2394</sup> Cf. *supra*, 2.2.3 do presente capítulo.

<sup>2395</sup> Assim, por exemplo, a dec. de 26/03/1992, *Beldjoudi*, cit.

<sup>2396</sup> Dec. de 17/04/2003, *Yilmaz c. Alemanha*, queixa n.º52853/99. Sobre este caso, v. D PIERRE-FRANÇOIS DOCQUIR, “Droit à la Vie Privée...”, p. 929.

<sup>2397</sup> Assim, também, CHRISTEL COUNIL, *Le Statut Interne...*, p. 392 e, entre nós, SUSANA ALMEIDA, *O Respeito pela Vida (Privada) e Familiar...*, p. 85.

<sup>2398</sup> Assim, os casos *Boujlifa* e *Bouchelkia*, cit., em que a gravidade dos factos cometidos pelos expulsandos prevaleceu em relação aos laços que estes mantinham com o país de acolhimento.

<sup>2399</sup> Assim, no caso *Beldjoudi*, cit. Para uma crítica, v. JEAN-YVES CARLIER, “Vers l’interdiction d’expulsion...”, p. 458.

<sup>2400</sup> Assim, também, CYNTHIA ANDERFUHREN-WAYNE, “Family Unity in Immigration...”, p. 366.

<sup>2401</sup> FREDERIC SUDRE, “La «Construction» par le Juge Européen...”, p. 26.

*his essential social environment, his emotional and social circle, including his family*». Por seu turno, no mesmo caso, o juiz WILDHABER, sublinhou que «*in such cases, it would be more realistic to look at the whole social fabric which is important to the applicant, and the family is only part of the entire context, albeit an essential one*». Este juiz considerava, assim, que era preferível o uso do conceito de “vida privada”, por oferecer uma visão mais realista e abrangente. Noutros casos, alguns juízes invocavam inclusivamente que as expulsões de estrangeiros deveriam ser sempre analisadas sob o prisma da violação do direito à vida privada, já que uma medida de expulsão do território constituía sempre uma ingerência nos laços sociais entre o expulsando e a comunidade onde o mesmo vive<sup>2402</sup>. Outros, de forma mais radical, e socorrendo-se de conceitos de “quase-nacionalidade”, defendiam uma proibição absoluta de expulsão de imigrantes de segunda geração<sup>2403</sup>.

Paulatinamente, várias decisões do TEDH sobre expulsão de estrangeiros integrados começaram a referir-se à vida privada, mas sempre em conjunto com a vida familiar. Foi no caso *C. c. Bélgica* que se invocou pela primeira vez, perante uma medida de expulsão, não apenas uma violação do direito à *vida familiar*, mas também do direito à *vida privada*<sup>2404</sup>. O juiz europeu, após relembrar o conceito de “vida privada” desenvolvido no caso *Niemietz*, considerou que o recorrente tinha tecido laços sociais fortes no país de acolhimento, onde vivia desde os 11 anos de idade, onde havia concluído a formação escolar e profissional, e onde desenvolvia, há vários anos, uma atividade assalariada, pelo que havia aí estabelecido a sua *vida privada*. A medida de expulsão constituía, assim, uma ingerência na *vida privada e familiar*<sup>2405</sup>.

Nesta sequência, o TEDH passou a usar o termo abrangente «vida privada e familiar», o que também foi alvo de várias críticas por parte da doutrina, já que muitas vezes a existência, em si, de *vida familiar*, era duvidosa. Não obstante, o TEDH manifestava relutância em dissociar a vida privada da vida familiar<sup>2406</sup>. Alguns autores afirmam que essa designação demonstrava uma opção finalística do TEDH, visando conceder ao interessado a proteção mais elevada, face a uma realidade mais incontestável que seria a “vida familiar”<sup>2407</sup>. Outros criticavam esta expressão abrangente, referindo que, estando em causa estrangeiros solteiros e sem filhos, integrados no país de acolhimento, se devia falar apenas em *respeito pela vida privada*<sup>2408</sup>. Outros ainda referiam que a expressão englobante não era dogmaticamente incorreta por corresponder à terminologia usada pela própria CEDH, constituindo um direito humano unitário<sup>2409</sup>.

---

<sup>2402</sup> Opinião do Juiz MARTENS, no caso *Beldjoudi*. Este juiz defendia que, se nem todos os estrangeiros possuíam vida familiar, todos possuíam *vida privada*, pelo que uma medida de expulsão rompia sempre todos os laços sociais entre o expulsando e a comunidade em que o mesmo vivia.

<sup>2403</sup> Assim, a opinião do juiz PETITTI no caso *Beldjoudi*.

<sup>2404</sup> Dec. de 07/08/1996, *C. c. Bélgica*, queixa n.º 21794/93.

<sup>2405</sup> Note-se, porém, que a ingerência não foi considerada ilegítima. Para um comentário, v. CÉLINE VAN MUILDER, “Le Droit au Respect de la Vie Privée...”, p. 801 e ss.

<sup>2406</sup> V. a título de exemplo, a dec. no caso *Ezzouhdi*, cit. FREDERIC SUDRE, “La «Construction» par le Juge Européen...”, p. 30.

<sup>2407</sup> FREDERIC SUDRE, “La «Construction» par le Juge Européen...”, p. 31.

<sup>2408</sup> MICHEL LEVINET, “L’éloignement...”, p. 110.

<sup>2409</sup> DANIEL THYM, “Respect for Private?...” p. 92. Note-se, no entanto, que o autor reconhece que os objetos de proteção são distintos.



No caso *Bensaid*<sup>2410</sup> analisou-se a legitimidade de uma medida de expulsão, simultaneamente à luz do art. 3.º e do art. 8.º da CEDH. No caso, o recorrente sofria de esquizofrenia, e foi objeto de uma medida de expulsão para o país de origem, onde o tratamento para a doença apenas se encontrava disponível a uma longa distância. O recorrente invocava, por um lado, que a expulsão constituiria uma violação do art. 3.º da CEDH uma vez que não receberia acesso adequado aos cuidados médicos no país de destino. O TEDH, invocando a excecionalidade da decisão alcançada no citado caso *D. c. Reino Unido*<sup>2411</sup>, decidiu que a expulsão para a Argélia não consubstanciava uma violação do art. 3.º. O recorrente invocava ainda que a expulsão provocaria danos na sua vida privada, entendida na vertente de integridade física e moral. O TEDH afirmou que a saúde mental também deveria ser considerada como uma parte crucial da vida privada, como dimensão da «integridade moral»<sup>2412</sup>. Como o art. 8.º protegia o direito à identidade e ao desenvolvimento pessoal, bem como o direito a estabelecer e a desenvolver relações com outros seres humanos e com o mundo exterior, a preservação da estabilidade moral seria uma condição indispensável para um gozo efetivo do direito à vida privada. Mais referiu que, nos casos em que não se atingisse o grau de gravidade exigido pelo art. 3.º da CEDH, um determinado tratamento com danos na integridade física e moral poderia cair no âmbito de proteção da vida privada, ao abrigo do art. 8.º da CEDH. No entanto, no caso, considerou que o recorrente não havia logrado demonstrar que, com a expulsão para a Argélia, iria sofrer tratamentos que acarretassem uma violação do art. 8.º<sup>2413</sup>.

No caso *Ezzouhdi*<sup>2414</sup> o TEDH voltou a proceder a uma análise separada da violação da vida privada. O recorrente residia em França desde os cinco anos de idade, tinha aí feito toda a escolaridade e trabalhado. Por outro lado, era aí que residiam a sua mãe e irmãos. O TEDH concluiu que a medida de interdição no território francês de que o mesmo fora alvo constituía não só uma ingerência na vida familiar, mas também na vida privada do recorrente. Neste caso, ao qual se seguiu o caso *Mokrani*, com contornos bastante semelhantes, o TEDH voltou a separar o campo de aplicação do conceito de “vida privada” do conceito de “vida familiar”<sup>2415</sup>. No entanto, a vida privada não foi ainda suficiente para, por si só, evitar a aplicação de uma medida de expulsão.

No caso *Üner*, o TEDH afirmou expressamente que o art. 8.º engloba todos os aspetos da identidade social de um indivíduo e, assim, que a totalidade dos laços sociais entre os estrangeiros instalados e a comunidade em que vivem faz parte integrante da noção de “vida privada”<sup>2416</sup>. Referiu-se ainda ao conceito de “identidade social” do indivíduo. Nessa sequência, o art. 8.º protege o direito de estabelecer e desenvolver relações com outros seres humanos e o mundo exterior, pelo que a totalidade de laços existentes entre estrangeiros e a comunidade de acolhimento em que vivem merece proteção à luz do art. 8.º. Mais

<sup>2410</sup> Dec. de 06/02/2001, *Bensaid c. Reino Unido*, queixa n.º 44599/98.

<sup>2411</sup> Cf. *supra*, ponto 1.1.5. do presente capítulo.

<sup>2412</sup> No mesmo sentido, mais recentemente, a dec. de 23/04/2015, *Khan c. Alemanha*, queixa n. 38030/12.

<sup>2413</sup> Apesar de o TEDH ter referido que não se podia excluir que um tratamento que não atingisse a gravidade do art. 3.º poderia, não obstante, constituir uma violação do art. 8.º, acabou por chegar a uma solução não muito lógica no que concerne o grau de gravidade do tratamento. Para uma crítica, v. HÉLÈNE LAMBERT, *The Position of Aliens...*, p. 44.

<sup>2414</sup> Dec. de 13/02/2001, *Ezzouhdi c. França*, queixa n.º 47160/99.

<sup>2415</sup> CHRISTEL COUNIL, *Le Statut Interne...*, p. 394. Sobre este caso v., em detalhe, PIERRE-FRANÇOIS DOCQUIR, “Droit à la Vie Privée...”, p. 941 e ss.

<sup>2416</sup> Dec. de 18/10/2006, *Üner c. Holanda*, cit.

acrescentou que a expulsão de um estrangeiro integrado constitui uma ingerência na sua vida privada, mas que é em função das circunstâncias do caso que se decide se se coloca o acento tónico sobre o aspeto “vida privada” ou sobre o aspeto “vida familiar”.

### 3.1.3. Afirmação do respeito pela “vida privada” como direito autónomo

Mais recentemente, o TEDH começou a dar proteção a situações em que o estrangeiro expulsando apenas mantinha relações sociais estáveis com o relatório de acolhimento, mesmo na ausência de relações familiares, *i.e.*, a situações em que estava apenas em causa o respeito pela *vida privada* do estrangeiro.

No caso *Slivenko*<sup>2417</sup>, o TEDH considerou que uma medida de expulsão de três membros da família consubstanciava uma ingerência na vida privada e domicílio, e não na vida familiar. Nesse caso, todos os membros da família tinham sido objeto da medida de expulsão, pelo que a *unidade familiar*, em si, não era posta em causa. O TEDH considerou que a medida de expulsão visava a salvaguarda da segurança nacional, mas que, face à integração dos recorrentes no país de acolhimento, os mesmos já não constituíam uma ameaça a tal interesse público, pelo que a medida não era *necessária numa sociedade democrática*. O Tribunal considerou, assim, que a expulsão consistia numa ingerência arbitrária na «rede de laços pessoais, sociais e económicos dos estrangeiros no país de acolhimento que constitui a vida privada de qualquer ser humano»<sup>2418</sup>.

Cabe referir seguidamente o caso *Sisojeva*<sup>2419</sup>. Neste caso, três recorrentes, mãe, pai e filha, a primeira apátrida e os segundos de nacionalidade russa, residentes irregularmente na Letónia, recorreram para o TEDH invocando que a recusa deste Estado em regularizar o seu estatuto consubstanciava uma violação do art. 8.º da CEDH. Os recorrentes haviam vivido, os primeiros desde os 20 e 22 anos de idade, e a terceira, desde que nascera, na Letónia e referiam que este país seria o único local em que a vida familiar se podia desenrolar. Mais alegavam que o facto de terem entretanto adquirido a nacionalidade russa e terem estabelecido domicílio na Rússia era simples consequência da precariedade do seu estatuto na Letónia. O TEDH considerou que, atentos os contornos particulares do caso, a recusa prolongada das autoridades em reconhecerem aos recorrentes um direito de residência na Letónia constituía uma ingerência na *vida privada* dos mesmos. O TEDH referiu que, para um gozo efetivo da vida privada pelos estrangeiros, não era suficiente que o Estado de acolhimento se limitasse a abster de expulsar os mesmos, sendo ainda necessário que lhe assegurasse, através de medidas positivas, a possibilidade de um exercício efetivo desse direito<sup>2420</sup>. A falta de regularização fez com que os recorrentes vivessem um longo período

---

<sup>2417</sup> Dec. de 09/10/2003, *Slivenko c. Letónia*, queixa n.º 48321/99.

<sup>2418</sup> Note-se, contudo, que, apesar da afirmação progressista da proteção da vida privada, a posição do TEDH neste aresto foi mais limitada no que toca ao conceito de vida familiar, tendo-o restringido à família nuclear. Para um comentário detalhado ao caso, v. PIERRE-FRANÇOIS DOCQUIR, “Droit à la Vie Privée...”, p. 932 e ss., DANIEL THYM, “Respect for Private?...” p. 91 e ss.

<sup>2419</sup> Dec. de 16/06/2005, *Sisojeva e outros c. Letónia*, queixa n.º 60654/00.

<sup>2420</sup> De notar que, apesar estar em causa uma obrigação positiva (a concessão de determinado estatuto legal aos imigrantes), o TEDH não levou a cabo, contrariamente ao que se passa nos casos de reagrupamento familiar, uma ponderação entre os interesses públicos e privados em presença em sede da determinação da própria existência de ingerência. A ponderação desses interesses foi feita em sede de aplicação do n.º2 do art. 8.º.

de incerteza e de precariedade no território, que consubstanciava, no entender do TEDH, uma ingerência na sua vida privada, não «necessária numa sociedade democrática»<sup>2421</sup>.

Este caso foi duplamente revolucionário. Por um lado, o TEDH concedeu proteção à simples integração dos estrangeiros no território, independentemente de estar em causa a rutura da unidade familiar, apenas através do conceito de “vida privada”, tendo inclusivamente falado em «*vida privada normal*». Por outro lado, reconheceu que a proteção da vida privada podia exigir o direito de obtenção de um título de residência dotado de particular estabilidade. Este último ponto motivou os votos de vencido dos juízes VAJIC e BRIEDE, que defenderam que o art. 8.º não fundava o direito a um título específico<sup>2422</sup>.

A este caso seguiu-se o caso *Aristimuno Mendizabal c. França*<sup>2423</sup>, onde também se discutiu a precariedade de títulos de residência. A recorrente era uma cidadã espanhola, mãe de um menor de nacionalidade francesa, e que tinha residido em França durante 14 anos apenas com base em recibos de pedidos do título de residência, que eram renováveis de 3 em 3 meses, não lhe chegando a ser concedido o próprio título a que tinha direito. A recorrente invocou que essa situação consubstanciava uma violação do direito a levar a cabo uma vida privada e familiar, por acarretar várias dificuldades, no que toca, por exemplo, à aquisição de um posto de trabalho estável, ao arrendamento de alojamento, e à realização de projetos vários a nível pessoal e familiar. O TEDH começou por referir que o art. 8.º não garantia um direito a um título de residência específico. Não obstante, sublinhou que esse princípio era válido sob condição de que a solução das autoridades permitisse exercer sem entraves o direito a uma vida privada e familiar. No entender do juiz europeu, o caso em presença exigia uma abordagem diferenciada, já que estava em causa uma cidadã da UE, titular de um direito fundamental à livre circulação e, por isso, de um direito a residir em França. À luz do direito da UE, este Estado estaria obrigado a emitir um título de residência com a validade de 5 anos. Neste seguimento, o TEDH considerou ter existido uma ingerência na vida privada e familiar da recorrente, proveniente da situação de incerteza e precariedade que a mesma tinha conhecido durante um longo período de tempo<sup>2424</sup>. Interessante foi o facto de o TEDH ter referido que o art. 8.º devia ser interpretado, no caso, à luz do direito da UE e, em particular, das obrigações impostas aos Estados-Membros no que toca aos direitos de entrada e permanência dos cidadãos da UE. Citando a jurisprudência do TJ sobre casos semelhantes, o TEDH concluiu que as medidas das autoridades francesas violavam o direito da UE e, por isso, constituíam uma ingerência *não prevista na lei*, logo, ilegítima à luz do n.º2 do art. 8.º<sup>2425</sup>. Se mais uma vez o TEDH acabou por proteger o direito a um título estável, neste caso esse direito foi uma decorrência do direito à liberdade de circulação de que beneficiam os cidadãos

---

<sup>2421</sup> Para um comentário detalhado ao caso, v. DANIEL THYM, “Respect for Private?...” , p. 98 e ss.

<sup>2422</sup> A jurisprudência do TEDH tem, de facto, reconhecido que o art. 8.º da CEDH não garante, só por si, o direito a títulos específicos de residência, tendo, porém, o TEDH de analisar as implicações jurídicas e práticas da emissão de cada um deles. Assim, a dec. de 06/12/2007, *Liu c. Rússia*, queixa n.º 42086/05.

<sup>2423</sup> Dec. de 17/01/2006, *Aristimuno Mendizabal c. França*, queixa n.º 51431/99.

<sup>2424</sup> Para um comentário a este caso, v. DANIEL THYM, “Respect for Private?...” , p. 97.

<sup>2425</sup> JEAN-PIERRE MARGUÉNAUD refere que este aresto marcou um duplo avanço: no que toca, por um lado, às fontes de proteção, e, por outro no que toca às modalidades de proteção. Cf. “Le Droit à une Vie Familiale...” p. 34. De notar ainda que, apesar de se tratar de uma obrigação positiva, mais uma vez o TEDH não usou o método de análise usado para os casos de entrada no território, não tendo procedido a um balanço entre os interesses privados e públicos em presença para determinar a própria existência de ingerência, e analisando a legitimidade desta à luz do n.º2 do art. 8.º.

da UE. Assim, alguns autores afirmam que, com esta jurisprudência, o TEDH inaugurou uma dualidade de soluções, consoante esteja ou não em causa um cidadão da UE<sup>2426</sup>.

Ainda na linha de proteção da vida privada dos estrangeiros, seguiu-se o caso *Shevanova*<sup>2427</sup>. Nesse caso, as autoridades letãs indeferiram um pedido de autorização de residência permanente a uma estrangeira de nacionalidade russa, residente há mais de vinte anos na Letónia, tendo ainda ordenado a sua expulsão do território. O TEDH considerou que a relação com o filho maior, residente no território letão, relevava da vida privada. Mais afirmou que, no decurso da sua permanência no referido território, a recorrente tinha desenvolvido relações pessoais, sociais e económicas que eram merecedoras de proteção pela mesma via. A ordem de expulsão foi considerada ilegítima.

O caso *Dalea* é ainda importante neste contexto, apesar de não ter sido decidido de forma favorável ao recorrente<sup>2428</sup>. O TEDH considerou que a possibilidade de interdição de entrada no espaço Schengen devido a inscrição no SIS para efeitos de não admissão podia consistir numa ingerência na vida privada do recorrente, impedindo-o de tomar conta de vários assuntos que tinha pendentes em vários Estados, ligados quer à sua vida profissional, quer à sua saúde. No entanto, considerou que, no caso, não tinha existido uma ingerência ilegítima na vida privada, face aos motivos de segurança nacional que justificavam a medida.

Mais recentemente foi decidido o caso *Maslov*<sup>2429</sup>. Nesse caso, o TEDH afirmou que se deveria ter em conta que a totalidade de laços sociais entre os estrangeiros integrados e a comunidade em que vivem constituía parte do conceito de “via privada” para os efeitos do art. 8.º da CEDH, pelo que a expulsão de estrangeiro integrado representava, *per se*, uma ingerência nesse direito. O TEDH referiu que importava ter em consideração quatro critérios, de entre os critérios *Boultif*, para os casos dos estrangeiros objeto de medidas de expulsão que ainda não haviam fundado a sua própria família: a natureza e gravidade da infração cometida pelo recorrente, o lapso de tempo decorrido desde a infração e conduta do recorrente durante esse período de tempo, a duração da estadia no país de acolhimento, e a solidez dos laços culturais e sociais com o mesmo, bem como com o país de origem. Assim, tendo em consideração que o recorrente tinha vivido no país de acolhimento desde os seis anos de idade, tendo aí passado os anos de formação da sua personalidade, frequentado a escola, etc., a expulsão do mesmo para o país de origem não era legítima. O TEDH afirmou inclusivamente que, no que toca aos estrangeiros integrados, que passaram a maior parte da sua infância e juventude no país de acolhimento, eram necessárias razões muito fortes para justificar a expulsão.

Por fim, importa mencionar ainda a decisão no caso *Kurić*, em que alguns recorrentes, que residiam há largos anos no território de acolhimento, invocavam que haviam sido arbitrariamente privados do seu estatuto de residentes permanentes, perdendo todos os direitos que se encontravam associados ao mesmo<sup>2430</sup>. O TEDH reafirmou que os laços entretecidos entre os estrangeiros e a sociedade de acolhimento constituíam elementos da sua vida privada, e que a atuação estadual tinha constituído uma interferência ilegítima na mesma. O TEDH sublinhou várias vezes que estes estrangeiros não podiam ser tratados da mesma forma que simples estrangeiros sem qualquer ligação com o território.

---

<sup>2426</sup> Assim, também, FREDERIC SUDRE, *Droit Européen...*, p. 613.

<sup>2427</sup> Dec. de 15/06/2006, *Shevanova c. Letónia*, queixa n.º 58822/00.

<sup>2428</sup> Dec. de 21/12/2006, *Dalea c. França*, queixa n.º 964/07.

<sup>2429</sup> Dec. de 23/06/2008, *Maslov c. Áustria*, queixa n.º 1638/03.

<sup>2430</sup> Dec. de 26/06/2012, *Kurić e outros c. Eslovénia*, queixa n.º 26828/06.

No recente caso *Hasanbasic*, o TEDH voltou a considerar que a expulsão do recorrente, fundamentada na prática de vários crimes, deveria ser analisada à luz do respeito pela “vida privada”. O recorrente alegava que a decisão de expulsão decorria principalmente das dívidas avultadas que o mesmo tinha contraído e da elevada dependência da segurança social. O TEDH considerou que o bem-estar económico do país podia ser considerado um fim legítimo, passível de justificar a ingerência no direito ao respeito pela vida privada, mas que, no caso, e atendendo ao facto de o recorrente viver há muito tempo na sociedade suíça e nela se encontrar profundamente integrado, a medida aplicada afigurava-se desproporcionada e, por isso, violadora do art. 8.<sup>o</sup><sup>2431</sup>. Por seu turno, no caso *Jeunesse*, o Tribunal de Estrasburgo censurou a inércia das autoridades holandesas em tomar medidas em relação a um imigrante em situação ilegal, considerando que os laços que o recorrente entretanto estabelecera com o país de acolhimento eram merecedores de proteção<sup>2432</sup>.

Não obstante, noutros casos o TEDH tem tentado evitar um alargamento excessivo da proteção de um direito a permanecer no território por força da proteção do direito à vida privada. Assim, no recente caso *A.S. c. Suíça*<sup>2433</sup>, afirmou que um estrangeiro que se encontrasse à espera de um título de residência temporário não podia invocar uma expectativa legítima para obter o mesmo, não obstante ter, entretanto, desenvolvido laços com a comunidade. O TEDH afirmou, contudo, que estas situações deviam ser distinguidas das dos estrangeiros “integrados” no país de acolhimento. No que toca a estes últimos, o TEDH afirmou que seriam «raros» os casos em que os estrangeiros integrados não conseguissem demonstrar que uma medida de expulsão interferiria com o seu direito a levar a cabo uma vida privada<sup>2434</sup>.

Por seu turno, no caso *Muradeli c. Rússia*, considerou que, apesar dos laços que o recorrente possuía com o país de acolhimento, os mesmos tinham sido criados apesar das inúmeras situações de violação da lei de imigração interna, e das inúmeras possibilidades oferecidas pelas autoridades para que o mesmo regularizasse a sua situação. Assim, não se afigurava desrespeitadora do art. 8.<sup>o</sup> da CEDH uma decisão de não atribuição de título de residência ao recorrente<sup>2435</sup>.

No final deste excurso, podemos afirmar que o TEDH protege hoje a existência de direitos derivados de imigração, na modalidade de direito *a permanecer no território*, ou mesmo de *obtenção de um título estável*, por força da proteção da vida privada do estrangeiro. No entanto, ainda assim alguns autores criticam a jurisprudência deste organismo, no sentido de que a mesma ainda não se encontra dotada de uma linha de raciocínio, sendo apenas em função das circunstâncias que, em concreto, revistam mais peso, que o TEDH opta por analisar o caso sob o ponto de vista da vida familiar ou da vida privada do estrangeiro<sup>2436</sup>. Não obstante, no caso *Samsonnikov*, o TEDH considerou ser desnecessário determinar qual o direito em causa, já que, na prática, os fatores a examinar para averiguar da proporcionalidade da medida de expulsão seriam os mesmos<sup>2437</sup>.

---

<sup>2431</sup> Dec. de 11/06/2013, *Hasanbasic c. Suíça*, queixa n.º 52166/09.

<sup>2432</sup> Dec. de 03/10/2014, *Jeunesse c. Holanda*, queixa n.º 12738/10.

<sup>2433</sup> Dec. de 30/06/2015, *A.S. c. Suíça*, queixa n. 39350/13.

<sup>2434</sup> V. dec. de 23/04/2015, *Khan c. Alemanha*, queixa n. 38030/12.

<sup>2435</sup> Dec. de 09/04/2015, *Muradeli c. Rússia*, queixa n.º 72780/12.

<sup>2436</sup> ANNE LISE DUCROQUETZ, *L'Expulsion des Étrangers...*, p. 261.

<sup>2437</sup> Dec. de 03/07/2012, *Samsonnikov c. Estónia*, queixa n.º 52178/10.

### 3.1.4. Afastamento da ideia de proibição de expulsão dos “estrangeiros integrados”

Apesar da evolução no sentido de se conceder uma proteção crescente aos laços entretidos pelo estrangeiro com a sociedade de acolhimento, o TEDH ainda não foi ao ponto de considerar que determinados estrangeiros, por força da sua especial integração no território, não podem ser expulsos do mesmo. Tal interdição de expulsão é defendida pela Recomendação 1504 (2001) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa sobre não-expulsão de imigrantes de longa duração, que recomenda que os estrangeiros nascidos ou que cresceram no país de acolhimento não possam ser expulsos em nenhum caso<sup>2438</sup>. Este instrumento propõe ainda um alinhamento do tratamento penal e administrativo dos estrangeiros com os cidadãos nacionais. Essa perspectiva foi ainda defendida por alguns juízes em votos de vencido ou opiniões separadas<sup>2439</sup>. De acordo com a posição defendida pelo juiz MORENILLA, deveria equiparar-se a situação dos *estrangeiros integrados* com a dos nacionais, no que toca, por exemplo, ao art. 3.º do Protocolo n.º 4, *i.e.*, proibindo-se *tout court* a expulsão dos mesmos<sup>2440</sup>. Já o juiz MARTENS defende que a expulsão deveria manter-se possível, mesmo para os estrangeiros integrados ou de segunda geração, mas apenas para os crimes mais graves. Por seu turno, também alguns autores consideram que os estrangeiros integrados não deveriam poder ser expulsos do país da sua residência, que deveria ser considerado, para estes efeitos, como o “seu próprio país”<sup>2441</sup>. FARAHAT fala, a este propósito, da proteção do núcleo essencial do direito à vida privada, referindo que nessas situações a expulsão significaria destruir a identidade social e a vida privada do estrangeiro<sup>2442</sup>.

Tais entendimentos têm sido afastados pelo TEDH. No caso *Üner*, o Tribunal afirmou que, mesmo nos casos de estrangeiros profundamente enraizados no território, a sua posição não podia ser equiparada à do nacional quando se trata do exercício do *ius excludendi*<sup>2443</sup>. O TEDH continua ter como referência para estes efeitos o conceito formal de “nacionalidade”, recusando remeter para um conceito material, assente, por exemplo, num critério de “nacionalidade efetiva”<sup>2444</sup>.

---

<sup>2438</sup> Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, Recomendação 1504 (2001), sobre não-expulsão de imigrantes de longa duração, de 14/03/2001. Importa ainda mencionar a Recomendação do Comité de Ministros, 15 (2000), sobre o estatuto de residentes de longa duração, de 13/09/2000, que sugere a concessão de um estatuto de residente de longa duração após o período de cinco anos de residência legal e habitual no território, bem como a adoção de restrições em relação à aplicação de medidas de expulsão a estas pessoas.

<sup>2439</sup> V., em particular, os votos de vencido dos Juízes PALM (caso *Bouchelkia*, cit.), MORENILLA (caso *Nasri*, cit.), MARTENS e BAKA (caso *Boughanemi*, cit.), FOIGHEL (caso *El Boujaïdi*, cit.), e BAKA e VAN DIJK (caso *Boujlifa*, cit.).

<sup>2440</sup> Cf. voto de vencido no caso *Nasri*.

<sup>2441</sup> MILÈNE NYS, *L' Immigration...*, p. 463 e ss., FRANÇOIS JULIEN-LAFERRIÈRE & NATHALIE JOUANT, “L'éloignement des Étrangers...”, p. 73, CÉDRIC RAUX, “Les Mesures d'Éloignement du Territoire...”, p. 852.

<sup>2442</sup> ANUSCHEH FARAHAT, “The Exclusiveness of Inclusion...”, p. 268.

<sup>2443</sup> Dec. de 18/10/2006, *Üner c. Holanda*, cit.

<sup>2444</sup> Sobre este ponto, v. SYLVIE SAROLÉA, *Droits de l'Homme...*, p. 576 e ss.

### 3.1.5. Análise crítica

É de aplaudir o desenvolvimento da jurisprudência do TEDH no que toca à proteção de direitos derivados de imigração por força da proteção do direito à vida privada. Desta forma, os residentes de longa duração, os que nasceram no território ou os que aí estejam profundamente integrados, têm o direito a que a sua vida privada, composta pelo seu lar e por todas as ligações sociais e pessoais, seja protegida independentemente da existência de relações familiares. A proteção da vida privada propicia um reconhecimento mais pragmático das realidades sociais, para além de permitir incluir um maior número de pessoas no campo de proteção do art. 8.<sup>o</sup><sup>2445</sup>. A proteção derivada de direitos de imigração por força da efetivação de um direito ao respeito pela vida privada consiste na proteção da manutenção das ligações com o território de acolhimento e com a sua comunidade, ou, nas palavras de alguns autores, da própria *residência*<sup>2446</sup>. Alguns autores vão ainda mais longe, referindo que o TEDH está, por este meio, a criar um conceito de *cidadania de facto*<sup>2447</sup>. No entanto, note-se que, contrariamente aos demais direitos até agora estudados, os estrangeiros só têm um direito à proteção da vida privada depois de decorrido um certo período de tempo que lhes permita criar e desenvolver as relações estáveis que constituem a referida vida privada no território<sup>2448</sup>.

Não obstante, a proteção de direitos derivados de imigração por esta via, tal como resulta da jurisprudência do TEDH, apresenta ainda algumas limitações, que assinalaremos de seguida.

#### a) Os fatores de decisão

Desde logo, os fatores de decisão usados pelo TEDH nos casos de proteção da vida privada dos estrangeiros afiguram-se merecedores de algumas críticas. E assim é porque os mesmos coincidem com os tidos em conta nos casos de expulsão quando está em causa a *vida familiar*<sup>2449</sup>. Assim, o TEDH não desenvolveu qualquer princípio geral no que respeita à proteção dos estrangeiros integrados, tendo optado, ao invés, por estender a abordagem concreta e casuística desenvolvida nos casos de proteção da vida familiar. Por outro lado, mantiveram-se todos os critérios enumerados no já referido caso *Boultif e Üner, subtraindo-se critérios respeitantes à vida familiar*, que pesavam em favor da proteção do recorrente. O que o TEDH tem em conta são, assim, de um lado, os fatores que dizem respeito aos laços com o país de origem, e de outro, os fatores respeitantes aos laços com o país de acolhimento. Assim, apesar de o TEDH ter passado a proteger uma exclusiva “vida privada” do

---

<sup>2445</sup> JENS VEDSTED-HANSEN, “Migration and the Right...”, p. 697.

<sup>2446</sup> NICHOLAS BLAKE & RAZA HUSAIN, *Immigration, Asylum...*, p. 187.

<sup>2447</sup> ELSPETH GUILD, *The Legal Elements...*, p. 8.

<sup>2448</sup> Assim, também, DANIEL THYM, “Respect for Private?...”, p. 93.

<sup>2449</sup> V., neste contexto, a recente dec. de 23/04/2015, *Khan c. Alemanha*, cit., em que o TEDH reafirmou, para avaliar da necessidade numa sociedade democrática da medida de ingerência na vida privada, os critérios *Boultif e Üner*. Nessa decisão, analisou a expulsão de uma paquistanesa, que vivia há vinte anos na Alemanha e havia praticado o crime de homicídio, embora tenha sido considerada inimputável por sofrer de psicose. Apesar de a sua condição de saúde ter melhorado e de não ter reincidido, o TEDH considerou que, devido à gravidade do crime cometido, aliada ao facto de a recorrente ter chegado à Alemanha já em idade adulta, a medida de expulsão não havia sido desproporcionada.

estrangeiro expulsando, mesmo na ausência de “vida familiar”, essa abordagem não se refletiu necessariamente numa maior proteção do estrangeiro “integrado”, já que os fatores que pesavam a seu favor foram diminuídos, não se tendo reforçado com novos fatores atinentes especificamente à integração na comunidade<sup>2450</sup>. Assim, por exemplo, no caso *Benhebba*, apesar dos fortes laços do recorrente com o país de acolhimento e da inexistência de outros laços com o país de origem para além do laço jurídico da nacionalidade, o TEDH considerou que a medida de expulsão aplicada era justificada face à gravidade do crime cometido (tráfico de droga)<sup>2451</sup>.

Assim, consideramos que os critérios *Boultif* “sobrantes” não são suficientes no casos dos estrangeiros profundamente instalados na comunidade, por não permitirem tomar em consideração a totalidade dos laços sociais que estes podem ter estabelecido com a mesma, bem como outros fatores que incorporam a noção de “vida privada” para os efeitos do art. 8.º da CEDH. Nos casos em que está em causa precisamente a proteção da vida privada, seria necessário o estabelecimento de critérios que *valorizassem de forma especial os laços com o país de acolhimento*. Por outro lado, não deveriam ser valorizados negativamente os laços com o país de origem, já que não são reveladores do maior ou menor peso das relações entretecidas entre o estrangeiro e a sociedade de acolhimento. Esses fatores deveriam apenas intervir de forma a averiguar da salvaguarda do núcleo essencial do direito em questão. Tal núcleo será constituído, no nosso entender, pela salvaguarda da vida privada sempre que o estrangeiro não possua laços *efetivos* com *qualquer outro país*. Para a averiguação desses laços efetivos seria já importante tomar em consideração os laços com o país de origem.

Mas para aferir da existência de um direito à vida privada, bem como da proporcionalidade das restrições ao mesmo, o TEDH deveria avaliar exclusivamente o âmbito e a qualidade dos laços tecidos com a sociedade de acolhimento. Quer a quantidade, quer a qualidade desses laços devem servir para analisar do peso que no caso reveste a ligação com essa sociedade como elemento definidor da vida privada do recorrente<sup>2452</sup>. A educação, a participação cívica, o conhecimento da língua e dos costumes, o trabalho, o círculo de amizades, são fatores a ter em conta. O mesmo se diga das contribuições já dadas para a sociedade de acolhimento, a diversos níveis – cívico, mas também no que toca ao cumprimento de obrigações de solidariedade. Estes pontos são também importantes para se demonstrar que os estrangeiros em causa atuam como membros da comunidade, contribuem para a construção da mesma, e seguem os seus destinos. Neste ponto, DANIEL THYM refere que o juízo de ponderação realizado nos casos de proteção da vida privada é mais complexo que o da vida familiar, uma vez que a vida privada é composta por uma rede complexa de relações e laços abstratamente tecidos com a comunidade<sup>2453</sup>.

Por outro lado, o critério do “local de residência alternativo” não deveria, pura e simplesmente, ser usado nestes casos. De facto, quando estão em causa “imigrantes de segunda geração” ou fortemente integrados, é difícil considerar existir um local que se possa considerar como de “residência alternativa”, uma vez que o centro da vida do estrangeiro corresponderá ao país de acolhimento. Mas mesmo que o estrangeiro mantenha laços com outro território (*v.g.*, mantém familiares noutra território, fazendo visitas ao mesmo), ainda assim a própria proteção da sua vida privada deveria permitir, precisamente, que o mesmo

---

<sup>2450</sup> Antevendo esse efeito, JENS VEDSTED-HANSEN, “Migration and the Right...”, p. 697.

<sup>2451</sup> Dec. de 10/07/2003, *Benhebba c. França*, queixa n.º 53441/99. Para uma crítica desta decisão, v. ANNE LISE DUCROQUETZ, *L'Expulsion des Étrangers...*, p. 251 e ss.

<sup>2452</sup> Em sentido semelhante, DANIEL THYM, “Respect for Private?...”, p. 93.

<sup>2453</sup> DANIEL THYM, “Respect for Private?...”, p. 94.



mantivesse essas mesmas ligações sem perder, em contrapartida, a possibilidade de manter o centro da sua vida no país de acolhimento. A proteção da vida privada global, que, nos dias de hoje, pode ser espalhada por diversos locais, assim o exigiria. Nesse sentido, merece referência o caso *İletmiş*, em que o TEDH reconheceu que a liberdade de movimentos é essencial para o completo desenvolvimento da vida privada, especialmente quando a pessoa tem laços familiares, profissionais e económicos em vários países<sup>2454</sup>. Deveria ser apenas relevante saber qual o Estado onde o estrangeiro tem o centro da sua vida, e proteger essa relação, independentemente de o mesmo poder manter laços com outros países.

Consideramos, assim, que o critério do “local de residência alternativo” não faz sentido no presente contexto, em que está em causa um direito a manter as ligações *naquele território*. Assim, alguns autores defendem a substituição da chamada doutrina da «*elsewhere approach*» por uma doutrina da «*connections approach*»<sup>2455</sup>, baseada exclusivamente nas ligações entretidas com o território de acolhimento. De acordo com tal doutrina, verificado que um estrangeiro possui uma ligação especialmente forte com determinado Estado, encontrando-se *especialmente integrado* no mesmo, ele beneficiaria, *prima facie*, de um direito derivado a permanecer nesse território por força do respeito pela sua vida privada. Só razões baseadas no n.º 2 do art. 8.º da CEDH poderiam, depois, justificar uma restrição a esse direito.

***b) Diferente “peso” dos fins enumerados no n.º 2 do art. 8.º.***

No que respeita às limitações possíveis ao direito à vida privada, para a prossecução dos fins enumerados no n.º 2 do art. 8.º, entendemos que as mesmas também deverão revestir um peso e configuração diferentes das que revestem nos casos de proteção da vida familiar.

Assim, a salvaguarda do bem-estar económico do país deveria, nos casos de expulsão dos estrangeiros “integrados”, ser considerada com mais reticências. Não bastaria naturalmente a mera arguição da salvaguarda desse bem-estar. Seria ainda necessário demonstrar-se que a presença do estrangeiro “integrado” contribui de forma gravosa ou especialmente séria e decisiva para um prejuízo económico ou financeiro do Estado.

O mesmo grau de gravidade deve ser exigido, de resto, no que toca à salvaguarda da ordem pública, nomeadamente quando está em causa a prática de crimes por parte do estrangeiro. Neste ponto, a questão da aplicação de pena acessória de expulsão coloca questões bastante delicadas. Com efeito, trata-se aqui da aplicação de uma pena de expulsão, acrescida à pena criminal, a pessoas que podem ter nascido, crescido e vivido toda a vida no Estado em causa. Que fundamentos de salvaguarda da ordem pública, ou de prevenção da criminalidade podem justificar a aplicação dessa pena a quem sempre viveu no território, mas já não a quem é nacional do mesmo? A aplicação desta pena não deixa de colocar questões referentes à “dupla punição” pela prática dos mesmos factos, proibida pelo art. 14.º do Protocolo n.º 7 anexo à CEDH. No entanto, o TEDH tem recusado os recursos que se fundam na violação dessa norma<sup>2456</sup>, entendendo que as medidas de expulsão têm uma

---

<sup>2454</sup> Dec. de 06/12/2005, *İletmiş c. Turquia*, queixa n.º 29871/96.

<sup>2455</sup> HUGO STOREY, “The Right to Family Life ...”, p. 338, P. VAN DIJK, “Protection of «Integrated» Aliens...”, p. 295.

<sup>2456</sup> Assim, o caso *Slivenko*, cit., nesta parte, e ainda a dec. de 15/05/2003, *Gribenko c. Letónia*, queixa n.º 76878/01.

natureza mais preventiva que punitiva, por se fundarem no direito dos Estados adotarem medidas de proteção da sociedade quando esteja em causa a ameaça à ordem pública<sup>2457</sup>.

Alguns juízes do TEDH têm também defendido, nos respetivos votos de vencido, que as leis penais deveriam ser suficientes para punir os factos praticados por estrangeiros integrados no território, da mesma forma que são consideradas suficientes para punir crimes praticados por cidadãos nacionais<sup>2458</sup>. Alguns advogam inclusivamente que a expulsão de estrangeiros pela prática de crimes é cruel e discriminatória em relação aos nacionais que se encontram nas mesmas circunstâncias<sup>2459</sup>. Nesse sentido, a opinião do juiz MARTENS, quando refere que os estrangeiros integrados deveriam ser tratados da mesma forma que os nacionais, exceto em circunstâncias muito excecionais<sup>2460</sup>. Por outro lado, alguns juízes referem ainda que a aplicação de uma medida de expulsão se opõe ao fim de reabilitação social do delinquente<sup>2461</sup>. Já BORCHARD preconizava, neste seguimento, um desenvolvimento do direito internacional no sentido do desaparecimento da aplicação da pena acessória de expulsão, nos seguintes termos «*the rule is becoming general that domiciled aliens shall not be expelled even as a penalty for crime*»<sup>2462</sup>. Infelizmente o direito positivo não evoluiu nesse sentido.

Também nós tendemos a concordar com estas opiniões. Tais estrangeiros “integrados” estão, *de facto*, na mesma posição que os nacionais no que toca à ligação com a sociedade de acolhimento<sup>2463</sup>. Se é suficiente para os Estados, no que toca aos fins das penas, a simples aplicação da pena principal *x* ou *y* aos cidadãos nacionais, também o deveria ser para os estrangeiros que se encontram ligados à comunidade estadual. De facto, a aplicação de tal pena aos estrangeiros integrados, mas já não aos nacionais, pode consubstanciar uma violação do princípio da proibição da discriminação, por referência à proteção da vida privada ínsita no art. 8.<sup>o</sup><sup>2464</sup>. Assim, consideramos que deveria ser adotada uma perspectiva gradualista, de acordo com a qual o estrangeiro iria sendo cada vez mais protegido contra medidas de expulsão, consoante a duração da estadia<sup>2465</sup>.

Por outro lado, é difícil justificar a aplicação de uma pena de expulsão de um estrangeiro delinquente para um país, que, embora sendo qualificado “de origem”, não foi onde o

---

<sup>2457</sup> Assim, a dec. de 05/10/2000, *Maaonia c. França*, queixa n.º 39652/98. Para uma crítica deste entendimento, v. CÉDRIC RAUX, “Les Mesures d’Éloignement du Territoire...”, p. 847.

<sup>2458</sup> Assim, o Juiz COSTA no caso *Üner*: «*as a matter of principle, I am against exclusion orders, which constitute a double punishment, specially in the case of aliens who have been staying in the host country from a young age, and with family ties in that country*».

<sup>2459</sup> Assim, o voto do juiz MORENILLA no caso *Nasri*, cit. V., ainda, JEAN-YVES CARLIER, “Vers l’interdiction d’expulsion...”, p. 461.

<sup>2460</sup> Voto de vencido no caso *Beldjoudi*, cit.

<sup>2461</sup> V. os votos de vencido dos Juízes MORENILLA, COSTA e TULKENS, no caso *Boujlifa*, cit. e FOIGHEL, no caso *El Boujaïdi*, cit. O juiz MORENILLA refere ainda que deveria ser da responsabilidade do país de acolhimento a socialização dos delinquentes que vivem integrados nas respetivas sociedades. Cf. voto de vencido no caso *Nasri*, cit. No mesmo sentido, também, FRANÇOIS RIGAU, “L’Immigration...”, p. 716 e, entre nós, RUI ELÓI FERREIRA, “A Expulsão de Estrangeiros”..., p. 44.

<sup>2462</sup> EDWIN M. BORCHARD, *The Diplomatic Protection...*, p. 51.

<sup>2463</sup> Assim, também, RUTH RUBIO MARIN & RORY O’CONNELL, “The European Convention...”, p. 10.

<sup>2464</sup> Assim, também, JEAN-YVES CARLIER, “Vers l’interdiction d’expulsion...”, p. 466, JACQUELINE BHABHA, “Get Back to Where You Once Belonged...”, p. 615 e ss. e PIETER BOELES, “Introduction: Freedom, Security and Justice for All...”, p. 10.

<sup>2465</sup> Assim, também PIETER BOELES, “Introduction: Freedom, Security and Justice for All...”, p. 10.

estrangeiro formou a sua personalidade, e com o qual o estrangeiro possui uma simples ligação “artificial”<sup>2466</sup>. Numa perspetiva de responsabilização da sociedade pela integração do delinquente, a mesma deveria caber ao país onde o mesmo cresceu, e da qual partilhou os seus destinos, e não a uma sociedade com a qual o estrangeiro pode não ter qualquer ligação.

Importa ainda sublinhar que, para a jurisprudência da ComEDH e do TEDH, uma medida de expulsão destinada a salvaguardar a ordem e segurança pública não é considerada uma “pena” nos termos do art. 7.º da CEDH. No entanto, consideramos que esta opinião é demasiado formalista, já que a expulsão se pode traduzir numa penalização muito mais gravosa para o estrangeiro do que a pena principal<sup>2467</sup>.

Não significa isto que os Estados não possam aplicar penas de expulsão aos estrangeiros que coloquem gravemente em causa a ordem pública, mas apenas que tal medida deve ser reservada para os casos mais graves. Assim, e sem pretender dar aqui uma solução definitiva a este debate, consideramos que, devido à sua condição de “quase-nacionais”, os estrangeiros integrados, como os chamados “imigrantes de segunda geração”, ou os estrangeiros que residem no país de acolhimento desde a infância, não deveriam ser expulsos senão em casos verdadeiramente excecionais, ou devido a razões muito fortes, como a condenação por infrações muito graves, como por exemplo, atividades terroristas ou atentados à segurança nacional.

## **3.2. OUTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

### **3.2.1. Decisões do Comité dos Direitos Humanos das Nações Unidas**

O art. 17.º do PIDCP protege todas as pessoas contra interferências arbitrárias ou ilegais na sua vida privada. O Comité dos Direitos Humanos das Nações Unidas usa o conceito de “vida privada” com um duplo sentido: referindo-se à esfera da vida pessoal em que o indivíduo pode expressar livremente a sua identidade, e referindo-se à esfera da vida social, mediante o estabelecimento de relações com outros<sup>2468</sup>.

No entanto, tem sido em torno do art. 12.º do PIDCP, que consagra o direito a entrar “no seu próprio país”, que mais se tem discutido o reconhecimento de direitos derivados de imigração para os estrangeiros “integrados”. Nesse sentido, alguns autores defendem que esse direito deveria ser estendido aos estrangeiros que, tendo longos períodos de residência no Estado de acolhimento, tivessem estabelecido laços sólidos com o mesmo<sup>2469</sup>.

Vimos, porém, na Parte I que o Comité excluiu essa interpretação no caso *Stewart c. Canadá*<sup>2470</sup>. O Comité referiu que o direito a entrar no seu próprio país não se aplicava a uma pessoa que tinha nascido na Escócia mas que vivia no Canadá com a família desde os sete

---

<sup>2466</sup> ANUSCHEH FARAHAT, “We want you! But...”, p. 706.

<sup>2467</sup> Assim a opinião do juiz M. SCHERMERS a propósito da dec. de 28/06/1993, *Lamguindaz c. Reino Unido*, queixa n.º 16152/90. V. ainda, entre nós, RUI ELÓI FERREIRA, “A Expulsão de Estrangeiros”..., p. 42.

<sup>2468</sup> V. dec. de 09/12/1996, *Coeriel e outros c. Holanda*, comunicação n.º 453/1991. Sobre este caso, v. ALCIDIA MOUCHEBOUEF, *Minority Rights Jurisprudence...*, p. 367. Sobre este ponto, v., ainda, LUDOVIC HENNEBEL, *La Jurisprudence...*, p. 246 e ss.

<sup>2469</sup> Sobre este ponto, v. LUDOVIC HENNEBEL, *La Jurisprudence...*, p. 184.

<sup>2470</sup> Dec. de 16/12/1996, *Stewart c. Canadá*, cit. V. Parte I, Capítulo III, ponto 1.1.2.

anos de idade. No entanto, referiu que o âmbito da norma poderia ser alargado, excecionalmente, a algumas pessoas que, não sendo nacionais no sentido estrito do termo, também não se podiam considerar simples “estrangeiros”. Contudo, o Comité não levou esta afirmação às últimas consequências, não considerando que a situação em presença constituía uma dessas situações excecionais. O Comité enumerou os restritos casos em que isso poderia suceder: estariam nessa situação, desde logo, os indivíduos que, de acordo com o direito internacional, deveriam ser considerados nacionais de um determinado Estado, mesmo que esse Estado lhes tivesse retirado a nacionalidade e os indivíduos que não possuíssem a nacionalidade do Estado de acolhimento porque esse país impunha condições irrazoáveis à aquisição da mesma. Em suma, o Comité não quis alargar a noção de “seu próprio país” para lá das situações em que o estrangeiro encontrasse verdadeiras dificuldades em tornar-se nacional do país de acolhimento.

Não obstante, esta decisão não foi unânime, tendo vários membros defendido que o Comité havia adotado uma interpretação restritiva do art. 12.º do PIDCP, não tendo em conta a *ratio* do preceito. E. EVATT e C. MEDINA QUIROGA referiram, nos respetivos votos de vencido, que o objetivo do preceito em causa é garantir que uma pessoa não possa ser arbitrariamente privada dos contactos com a família, amigos e, de uma forma geral, com o conjunto de pessoas que constituem o seu ambiente social. Assim, a referida disposição do PIDCP visaria proteger o conjunto de laços pessoais e afetivos que as pessoas podem estabelecer num determinado território estadual, bem como o contexto social em que as mesmas se movem<sup>2471</sup>. Era esse o objetivo do direito de entrar no seu próprio país, pelo que, para estes membros do Comité, não faria sentido deles excluir os estrangeiros residentes. Por outro lado, parte da doutrina defende ainda que a expressão “seu próprio país”, usada pelo PIDCP, deve ser interpretada como abrangendo os residentes permanentes<sup>2472</sup>.

No caso *Canepa c. Canadá* discutiu-se a aplicação de uma medida de expulsão baseada na prática de crimes a um imigrante de longa duração. O Comité considerou que a medida não era arbitrária. Para o efeito, sublinhou que o estrangeiro não possuía família próxima no território, pelo que a expulsão não constituía uma interferência ilegítima na sua vida familiar, vida privada ou residência<sup>2473</sup>. Assim, o Comité não analisou a possibilidade de os laços entretanto tecidos com o território poderem, também eles, ser merecedores de proteção.

Entretanto, em 1999, o Comité fez o Comentário Geral n.º 27 ao PIDCP, no qual sublinhou que a redação do art. 12.º, n.º 4 não distingue entre nacionais e estrangeiros, pelo que o âmbito da expressão “seu próprio país” é mais amplo que o conceito de “país da nacionalidade”<sup>2474</sup>. O Comité referiu que essa expressão abrangeria, pelo menos, o indivíduo que, devido aos laços especiais com um certo país, não poderia ser considerado um estrangeiro ordinário. Não obstante, a exemplificação das categorias de pessoas que poderiam beneficiar desta proteção é, mais uma vez, bastante restritiva: apátridas que tivessem sido privados da nacionalidade em violação do direito internacional e nacionais de país que tenha sido incorporado noutra entidade estadual, cuja nacionalidade lhes era negada. Em algumas conclusões tecidas na sequência da apreciação de relatórios nacionais,

---

<sup>2471</sup> LUDOVIC HENNEBEL, *La Jurisprudence...*, p. 186.

<sup>2472</sup> Assim, JEAN-YVES CARLIER, “Vers l’interdiction d’expulsion...”, p.464, VINCENT CHÉTAIL, “Freedom of Movement...”, p. 57.

<sup>2473</sup> Dec. de 20/06/1997, *Canepa c. Canada*, comunicação n.º 558/1993. O Comité decidiu de forma semelhante ainda na dec. de 09/12/2004, *Byahuranga c. Dinamarca*, comunicação n.º 1222/2003. Sobre esta jurisprudência, v. SARA A. RODRÍGUEZ, “Exile and the not-so-lawful permanent resident...”, p. 516.

<sup>2474</sup> Comentário Geral n.º 27, *Freedom of movement*, de 01/11/1999.

o Comité continua a confirmar que a letra do art. 12.º, n.º 4 permite uma interpretação mais vasta, que pode abarcar outras categorias de estrangeiros, como por exemplo os residentes de longa duração<sup>2475</sup>.

No entanto, mais recentemente, o Comité adotou uma nova perspetiva. No caso *Warsame c. Canadá*<sup>2476</sup> analisou a expulsão de um nacional da Somália, que residia desde os quatro anos de idade no Canadá. O Comité começou por lembrar que, de acordo com o referido Comentário Geral n.º 27, o direito em causa não estava limitado aos nacionais em sentido formal, abrangendo também, pelo menos, o indivíduo que, devido aos seus laços especiais com um determinado país, não pode ser considerado como um *mero estrangeiro*. O recorrente não tinha quaisquer laços com o país de origem, nunca aí tinha residido, não possuindo prova da sua nacionalidade e tinha dificuldades em falar a língua. Por outro lado, tinha crescido e recebido toda a sua educação no país de acolhimento. Face às circunstâncias particulares do caso, o Comité considerou que o Canadá devia ser entendido como o “seu próprio país”. Ora, acarretando a expulsão a impossibilidade de o mesmo regressar ao Canadá, tal medida constituía uma violação do art. 12.º, n.º 4 do PIDCP. Nesse sentido, considerou que o fim de prevenção de novos ilícitos criminais não era proporcional à restrição do direito em causa. Esta decisão representa, pois, um passo em frente na proteção de estrangeiros “integrados”, que ultrapassa os desenvolvimentos da jurisprudência do TEDH.

### 3.2.2. Decisões de outros organismos internacionais

O Comité para a Eliminação da Discriminação Racial sublinha, no Comentário Geral n.º 30, que os Estados devem assegurar que, na expulsão de não cidadãos, se tenha em conta em conta a duração da residência dos mesmos no território e a solidez dos laços sociais e direitos adquiridos daí resultante<sup>2477</sup>.

Por outro lado, a proteção da vida privada dos imigrantes pela via da regularização do estatuto recebe algum acolhimento na Convenção das Nações Unidas para a Proteção de todos os Trabalhadores Migrantes e Membros das suas Famílias, já que a mesma, apesar de não prever expressamente um *direito à regularização*, insta os Estados-Parte a, sempre que considerem a possibilidade de regularização, terem em conta as circunstâncias de entrada dos estrangeiros, a duração da estadia no território e outras considerações relevantes<sup>2478</sup>.

Por fim, no seio do Conselho da Europa, cabe ainda mencionar a jurisprudência do Comité de Peritos da CSE. O art. 19.º, n.º 8 da Carta proíbe a expulsão dos trabalhadores migrantes que residam legalmente no território de um Estado-Parte, a não ser por razões de ameaça à segurança do Estado, à ordem pública e aos bons costumes. O referido Comité afirmou já que esta garantia deveria abranger ainda os estrangeiros que tivessem residido durante um período de tempo suficiente no território, quer legalmente, quer com a «aceitação

---

<sup>2475</sup> Nesse seguimento são ainda particularmente ilustrativas as palavras do Comité nas conclusões sobre o relatório enviado pela República Dominicana ao abrigo do art. 40.º do PIDCP (Concluding Observations: Dominican Republic, U.N.Doc., CCPR/CO/71/DOM (2001)), onde referiu que a expulsão coletiva de estrangeiros violava o art. 12.º, n.º 4 do PIDCP, já que não permitia ter em conta a situação individual dos vários estrangeiros e, assim, daqueles em relação aos quais se poderia considerar que a República Dominicana constituía o “seu próprio país”.

<sup>2476</sup> Dec. de 21/07/2011, *Warsame c. Canadá*, comunicação n.º 1959/2010.

<sup>2477</sup> Recomendação Geral n.º 30, de 2004, *Discrimination Against Non Citizens*, cit.

<sup>2478</sup> Art. 9.º, n.º 4. V. RYSZARD CHOLEWINSKI, “The EU Acquis on Irregular Migration...”, p. 172.

tácita da sua situação irregular pelas autoridades, em função das necessidades do país de acolhimento»<sup>2479</sup>.

### 3.3. DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

A CDFUE, tal como a CEDH, garante o direito à vida privada em conjunto com o direito à vida familiar. Apesar de alguns autores terem defendido a autonomização da consagração dos dois direitos, «em razão dos diferentes problemas levantados por um e por outro», a verdade é que prevaleceu o objetivo de consagração desses direitos de forma a que o texto da Carta se aproximasse o mais possível do texto da CEDH<sup>2480</sup>. O TJ ainda não teve oportunidade de densificar a noção de vida privada relevante no presente contexto<sup>2481</sup>, mas teve já ocasião de remeter para a jurisprudência do TEDH pelo que o conceito desenvolvido por este último organismo valerá também no contexto da UE<sup>2482</sup>. São, porém, vários os instrumentos de direito derivado, emanados no contexto da política comum de imigração, que dão acolhimento à ideia de proteção da vida privada dos estrangeiros<sup>2483</sup>.

#### 3.3.1. Diretiva relativa ao estatuto de residentes de longa duração

A Diretiva sobre residentes de longa duração cria um estatuto jurídico para todos os nacionais de países terceiros que residam de forma estável no território de um dos Estados-Membros<sup>2484</sup>. O objetivo da Diretiva é precisamente, como decorre dos considerandos n.º

---

<sup>2479</sup> COMITÉ EUROPEU DOS DIREITOS SOCIAIS, Conclusões 2011, Introdução Geral, p. 9.

<sup>2480</sup> GUY BRAIBANT, *La Charte des Droits Fondamentaux...*, p. 111. Para um comentário ao art. 7.º da CDFUE, na dimensão da proteção da vida privada, v. FREDERIC SUDRE, “Article II - 67...”, p. 113 e ss.

<sup>2481</sup> No mesmo sentido, v. SOPHIE PEREZ FERNANDES, “Art. 7.º - Respeito pela Vida Privada...”, p. 105.

<sup>2482</sup> Assim, no Ac. de 20/05/2003, *Rechnungshof*, proc. n.º C- 465/00, C-138/01 e C-139/01, o TJ remeteu para o entendimento do TEDH de que o termo “vida privada” não devia ser interpretado de forma restritiva e que nenhuma razão havia para excluir as atividades profissionais do âmbito do mesmo. Sobre este ponto, v. FREDERIC SUDRE, “Article II - 67...”, p. 117.

<sup>2483</sup> Sobre manifestações da proteção da vida privada dos estrangeiros no âmbito do Acordo de Associação com a Turquia e nos acordos celebrados com os países do Magrebe, v. KEES GROENENDIJK, “Security of Residence...”, p. 227.

<sup>2484</sup> Não é nosso objetivo proceder a uma análise exaustiva da Diretiva em causa. Visamos apenas ilustrar de que forma a mesma demonstra o reconhecimento de uma proteção de um direito derivado de imigração para efeitos de proteção da vida privada do estrangeiro. Para uma análise detalhada do regime, v. entre outros, JOHN HANDOLL, “The Long-Term...”, p.434, SONJA ANN BOELAERT-SOUMINEN, “Non-EU Nationals and Council Directive 2003/109/EC, p. 1011 e ss., LOUISE HALLESKOV, “The Long-Term Residents Directive...”, p. 181, STEVE PEERS & NICOLA ROGERS, *EU Immigration...*, p. 616 e ss., KEES GROENENDIJK, “The Long-Term Residents Directive...”, p. 429 e ss., STEVE PEERS, *EU Justice and Home Affairs...*, p. 218 e ss. Sobre os antecedentes do regime, v. KAY HAILBRONNER, *Immigration and Asylum...*, p. 283 e ss., ELSPETH GUILD, *The Legal Elements...*, p. 215-253, LOUISE HALLESKOV STORGAARD, “The Long-Term Residents Directive...”, p. 301 e ss., PATRICIA JERONIMO, “Imigração e Cidadania...”, p. 325 e ss., JOANA ROQUE LINO, “O Estatuto dos Nacionais de Países Terceiros...”, p. 62 e ss., PIETER BOELES, MAARTEN DEN HEIJER, GERRIE LODDER & KEES WOUTERS, *European Migration Law...*, p. 176 e ss. Para uma análise da transposição do regime da Diretiva pelos Estados-Membros v. Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a aplicação da Diretiva 2003/109/CE relativa ao estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duração, COM (2011) 585 final, de 28/09/2011.

7, n.º 6 e n.º 12, a integração dos nacionais de países terceiros que estão instalados de forma duradoura nos Estados-Membros<sup>2485</sup>.

Esta Diretiva veio acabar com o vazio existente na UE no que toca à previsão de um sistema coerente relativo ao estatuto jurídico de nacionais de países terceiros que residissem de forma estável no território dos Estados-Membros<sup>2486</sup>. Eram várias as vozes que clamavam pela necessidade de criação desse estatuto. Na falta de extensão direta da cidadania europeia aos nacionais de países terceiros estabelecidos na UE, a Comissão Europeia começou a desenvolver o conceito de «cidadania cívica», que parecia indicar o objetivo de instituir um estatuto de quase-cidadania europeia para os nacionais de países terceiros integrados<sup>2487</sup>, mediante um reconhecimento paulatino de direitos, incluindo a participação na vida cívica, política e cultural que tenderia a ser cada vez mais vasto consoante a duração da permanência. Defendia-se ainda um tratamento diferenciado para os “imigrantes de segunda e terceira geração”, nomeadamente no que toca ao acesso à nacionalidade. Não obstante, esta ideia não vingou na sua plenitude. A Diretiva relativa aos residentes de longa duração visou implementar parte desta ideia<sup>2488</sup>, bem como os já mencionados objetivos do Conselho Europeu de Tampere de 1999, de concessão de um estatuto equitativo aos nacionais de países terceiros e de desenvolvimento de uma política de integração destinada a garantir direitos e obrigações comparáveis às dos cidadãos da UE.

De acordo com a regra geral da Diretiva, os nacionais de países terceiros adquirem o estatuto de residente de longa duração após cinco anos de residência ininterrupta<sup>2489</sup> no Estado-Membro (art. 4.º), desde que não se trate de nacionais de países terceiros que se encontrem no território do Estado-Membro ao abrigo de uma das situações mencionadas no art. 4.º, n.º 2<sup>2490</sup>.

---

<sup>2485</sup> O mesmo foi já afirmado, de resto, várias vezes pelo TJ. V., a título de exemplo, o Ac. de 26/04/2012, *Comissão v. Países Baixos*, proc. n.º C-508/10. Sobre este objetivo, v. KEES GRONENDIJK, “Security of Residence...”, p. 225 e ss.

<sup>2486</sup> PATRÍCIA JERÓNIMO, “Imigração e Cidadania...”, p. 327.

<sup>2487</sup> V. a Comunicação ao Conselho e ao Parlamento Europeu relativa a uma política da Comunidade em matéria de imigração – COM (2000) 757 final, de 22/11/2000, Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico Social Europeu e ao Comité das Regiões relativa à imigração, à integração e ao emprego (COM (2003) 336 final, de 03/06/2003), p. 23. Sobre este ponto v., em detalhe, PATRÍCIA JERÓNIMO, “Imigração e Cidadania...”, p. 328 e, da mesma autora, “Imigração e minorias...”, p. 15.

<sup>2488</sup> Sobre este ponto, v. DIEGO ACOSTA ARCARAZO, “Civic Citizenship Reintroduced?...”, p. 200 e ss.

<sup>2489</sup> Nos termos do n.º 3 dessa norma, os períodos de ausência do território do Estado-Membro não interrompem a contagem desses cinco anos, desde que sejam inferiores a seis meses consecutivos e não excedam, na totalidade, dez meses. Os titulares de cartão azul, emitido ao abrigo da Diretiva 2009/50/CE, podem cumular períodos de residência em vários Estados-Membros para efeitos de contagem desse período de tempo (art. 16.º, n.º 2 da Diretiva 2009/20/CE).

<sup>2490</sup> Uma dessas situações refere-se aos trabalhadores temporários. No entanto, o TJ já teve oportunidade de referir que não se podiam excluir da Diretiva os trabalhadores que residissem no Estado, ao abrigo de uma autorização de residência temporária, cuja validade pode ser prorrogada por tempo indeterminado, «na medida em que uma tal limitação formal não impeça a instalação de longa duração do nacional de um país terceiro no Estado-Membro em causa». V. Ac. de 18/10/2012, *Singh*, proc. n.º C-502/10. Note-se, ainda que, de acordo com o Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a aplicação da Diretiva 2003/109/CE relativa ao estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duração (COM (2011) 585 final, de 28/09/2011), um dos principais problemas identificados na implementação deste instrumento tem sido precisamente a exclusão do direito ao estatuto com base no caráter temporário do título de residência, uma vez que os Estados aplicam uma interpretação bastante alargada do que se deve entender por título com caráter “temporário”.

A obtenção do estatuto está ainda condicionada à verificação de várias condições: posse de recursos estáveis e regulares, que sejam suficientes para a subsistência do titular e da família, sem recurso ao sistema de assistência social do Estado-Membro em causa, e um seguro de doença que cubra todos os riscos normalmente cobertos pelo Estado-Membro em questão (art. 5.º). Os Estados-Membros podem ainda exigir o cumprimento de medidas de integração<sup>2491</sup>. Neste ponto, importa mencionar o recente julgamento no caso *P e S*, em que o TJ decidiu ser admissível a exigência de aprovação num exame de integração cívica, já que o mesmo tinha o fim legítimo de facilitar a integração na sociedade, mas desde que não fosse suscetível de pôr em risco a realização dos objetivos prosseguidos pela Diretiva<sup>2492</sup>.

Por fim, nos termos do art. 6.º, os Estados podem recusar a concessão do estatuto por razões de ordem pública ou de segurança pública, mas já não por razões de ordem económica (art. 6.º, n.º2). Neste sentido, alguns autores referem que os nacionais de países terceiros que reúnam os requisitos para adquirir o estatuto não possuem um direito subjetivo à concessão do mesmo, uma vez que os requisitos são apreciados com ampla margem de discricionariedade por parte do Estado<sup>2493</sup>. Não concordamos com esta posição. Consideramos que o estrangeiro que reúna os requisitos enumerados no instrumento possui um *direito ao estatuto*. De facto, o art. 4.º é bem claro quando refere que «os Estados devem conceder o estatuto de residente de longa duração...» aos nacionais de países terceiros que cumpram os requisitos. Este entendimento foi, aliás já confirmado pelo TJ, que afirmou que «na medida em que os nacionais de países terceiros preenchem as condições e respeitem os procedimentos previstos por esta diretiva, têm o direito de obter o estatuto de residente de longa duração assim como os outros direitos que decorrem da concessão desse estatuto»<sup>2494</sup>. A possibilidade de recusa do estatuto demonstra apenas que esse direito não é absoluto, podendo o Estado restringi-lo nos casos expressamente mencionados na Diretiva, e respeitando o princípio da proporcionalidade, tal como o TJ já teve oportunidade de referir<sup>2495</sup>.

O estatuto de residente de longa duração tem carácter permanente. Uma vez cumpridos os requisitos o nacional de país terceiro passa a ter o direito de residir de forma permanente no território do Estado que emitiu o estatuto<sup>2496</sup>. Tal duração do título constitui, assim, uma consequência da integração dos estrangeiros no território<sup>2497</sup>. Não obstante, o estatuto pode ser retirado, nos termos do art. 9.º. Assim, o direito de residência não é absoluto. A retirada

---

<sup>2491</sup> Este ponto é apontado como «um passo atrás» no regime de alguns Estados-Membros, que não previam tal possibilidade. Assim, KEES GROENENDIJK, “The Long-Term Residents Directive...”, p. 442.

<sup>2492</sup> Em causa estava uma lei holandesa que exigia a realização do referido teste, mas impunha coimas demasiado elevadas para os casos de chumbo. O TJ afirmou ainda que as condições de integração não podiam ser desproporcionadamente exigentes, no que toca, em especial, ao nível de conhecimento requerido para se passar o teste de integração, ao montante das taxas de inscrição e à acessibilidade dos cursos e de material para preparação dos exames. Mais afirmou a necessidade de se ter em conta as circunstâncias pessoais dos candidatos, como a idade, iliteracia ou nível de educação. Ac. de 04/06/2015, *P e S*, proc. n.º C-579/13.

<sup>2493</sup> LOUISE HALLESKOV STORGAARD, “The Long-Term Residents Directive...”, p. 306 e PATRÍCIA JERÓNIMO, “Imigração e Cidadania...”, p. 329.

<sup>2494</sup> Ac. de 26/04/2012, *Comissão c. Países Baixos*, proc. n.º C-508/10.

<sup>2495</sup> Ac. de 04/06/2015, *P e S*, proc. n.º C-579/13.

<sup>2496</sup> Se um segundo Estado-Membro para onde o titular do estatuto pretender circular recusar o direito de residência, o mesmo pode sempre voltar ao país que lhe emitiu o estatuto de residente de longa duração.

<sup>2497</sup> Assim, KEES GROENENDIJK, “The Long-Term Residents Directive...”, p. 449. O autor refere a dupla intenção do instrumento neste contexto que, por outro lado, premeia a integração já alcançada e, por outro, funciona como meio de promover mais integração, através *da segurança do direito de residência*.



do estatuto verifica-se nos casos em que a aquisição do mesmo foi fraudulenta, se o titular se ausentar do território da Comunidade por um período de 12 meses consecutivos ou ainda, se contra ele for emanada uma medida de expulsão. Note-se que os Estados-Membros podem, contudo, estabelecer que a ausência no território pelo período mencionado não implica a perda do estatuto. Podem ainda estabelecer a perda daquele se o titular representar uma ameaça para a ordem pública, tendo em conta a gravidade das infrações praticadas, mesmo nos casos em que não haja motivo para expulsão. De facto, a perda do estatuto não implica necessariamente a expulsão do território, que apenas pode ser aplicada nos casos previstos no art. 12.º.

O art. 12.º da Diretiva estabelece uma proteção acrescida contra a expulsão, baseada nos critérios da jurisprudência do TEDH<sup>2498</sup>. Tais regras mandam atender, como já se referiu *supra*, a vários fatores. Importa mencionar os que têm relevância direta para a proteção da vida privada: a duração da residência, a idade da pessoa em questão, os laços com o país de residência ou a ausência de laços com o país de origem. Apesar de ser importante a referência à proteção acrescida contra expulsões e ao facto de a mesma se basear nos critérios previstos na jurisprudência do TEDH, tal referência pode, porém, levar a crer que é apenas por beneficiarem do estatuto de residentes de longa duração que os estrangeiros beneficiam de tais obrigações de ponderação. Importa portanto esclarecer que a obrigação de ponderação em função dos critérios jurisprudenciais enunciados pelo TEDH deve existir em *qualquer caso de expulsão de estrangeiro do território*, seja ele ou não detentor do estatuto de residente de longa duração. Assim, a proteção acrescida só poderá significar que a posse desse estatuto permitirá que os critérios relacionados com os laços existentes no país de acolhimento sejam especialmente valorizados.

Por outro lado, os Estados-Membros só podem tomar uma decisão de expulsão de um residente de longa duração se este representar uma ameaça real e suficientemente grave para a ordem pública ou a segurança pública. A decisão de expulsão não deve basear-se em razões económicas (art. 12.º, n.º2). Esta proteção reforçada contra expulsões expressa o reconhecimento dos laços sociais, culturais, e económicos entretecidos com a sociedade de acolhimento<sup>2499</sup>.

Coloca-se mais uma vez a dúvida sobre se o conceito de ordem pública desenvolvido no contexto da livre circulação se aplica a este contexto<sup>2500</sup>. Tal como a propósito da Diretiva sobre o Reagrupamento Familiar, é esse o nosso entendimento também no que toca à Diretiva sobre o estatuto de residente de longa duração. Consideramos que devem, aliás, valer neste contexto as considerações de STEVE PEERS no sentido de que, em caso de dúvida, deve prevalecer a interpretação que se afigure mais consentânea com o princípio do tratamento equitativo previsto no art. 67.º do TFUE<sup>2501</sup>.

---

<sup>2498</sup> CÉDRIC RAUX, “Les Mesures d’Éloignement du Territoire...”, p. 853.

<sup>2499</sup> Assim, também, ANUSCHEH FARAHAT, “We want you! But...”, p. 715.

<sup>2500</sup> A proposta inicial da Diretiva continha um conceito de ordem pública muito semelhante ao que vigora no contexto da livre circulação. No entanto, a redação foi modificada, aproximando-a mais da que vigora no domínio do reagrupamento familiar. Sobre este ponto, v. STEVE PEERS & NICOLA ROGERS, *EU Immigration...*, p. 621. Os autores consideram que, na falta de menção em contrário, esse conceito deve vigorar. V. *idem*, p. 632. No mesmo sentido, v. KEES GRONENDIJK, “Introduction: Migration and Law in Europe...”, p. 20. Em sentido contrário, EMMANUELLE NERAUDAU-D’UNIENVILLE, *Ordre Public...*, p. 639 e ss.

<sup>2501</sup> STEVE PEERS, “Implementing Equality...”, p. 442. Assim, também, KEES GRONENDIJK, que refere que se deve dar o sentido mais coincidente com o objetivo de conceder um tratamento equiparável dos cidadãos de países terceiros com os cidadãos da UE, formulado em Tampere. Cf. “Introduction: Migration and Law in Europe...”, p. 20.

No entanto, note-se que as disposições referentes à proteção da ordem pública se encontram redigidas de forma não coincidente. Assim, o art. 6.º refere-se à possibilidade de recusa do estatuto com fundamento em ordem pública e segurança pública. Uma vez adquirido o estatuto, então a Diretiva refere-se à possibilidade de salvaguarda da ordem pública em termos que se assemelham mais aos previstos no regime da liberdade de circulação de cidadãos da UE<sup>2502</sup>. De facto, nos termos do art. 12.º, os Estados-Membros só podem tomar uma decisão de expulsão de um residente de longa duração se este representar *uma ameaça real e suficientemente grave* para a ordem pública ou a segurança pública, não podendo a decisão basear-se em razões económicas. No que toca à proteção da ordem pública num segundo Estado, para onde eventualmente o detentor do estatuto de residente de longa duração se deslocar, preveem-se disposições paralelas. Assim, no que toca à expulsão, o art. 22.º prevê critérios semelhantes aos previstos no art. 12.º, referentes à expulsão do 1.º Estado.

Como se referiu atrás, a Diretiva em análise protege também o direito à unidade familiar do detentor do estatuto. No entanto, importa sublinhar que os membros da família necessitam, eles próprios, de reunir os requisitos aí previstos para beneficiarem, eles também, do estatuto de residente de longa duração<sup>2503</sup>. Caso não os reúnam apenas permanecerão no território do Estado-Membro com o estatuto derivado do reagrupamento familiar. Demonstra-se assim, que o estatuto de residente de longa duração encontra o seu fundamento nas ligações «pessoais e intransmissíveis» entretecidas entre o titular e a sociedade de acolhimento.

Não obstante, a Diretiva padece de algumas das falhas que apontámos à jurisprudência do TEDH no que toca a uma *proteção abrangente* da vida privada. Tais falhas são respeitantes à possibilidade de restringirem a migração transnacional, no sentido de penalizarem a manutenção de laços com os países de origem, incluindo a possibilidade de visitas temporárias aos mesmos, uma vez que tais visitas têm implicações na contagem de tempo para a aquisição do estatuto de residente de longa duração<sup>2504</sup>. Não obstante, uma vez adquirido o estatuto, a Diretiva permite não só a mobilidade entre Estados-Membros da UE, mas também para os países de origem<sup>2505</sup>.

### 3.3.2. Diretiva relativa ao reagrupamento familiar

A Diretiva relativa ao Reagrupamento Familiar estabelece também disposições destinadas a proteger a vida privada, agora dos nacionais de países terceiros que tenham imigrado pela

---

<sup>2502</sup> Assim, PIETER BOELES, MAARTEN DEN HEIJER, GERRIE LODDER & KEES WOUTERS, *European Migration Law...*, p. 187.

<sup>2503</sup> Assim, o Ac. de 17/07/2014, *Tabir*, proc. n.º C-469/13. O Relatório da Comissão ao PE e ao Conselho sobre a aplicação da Diretiva criticou as disposições de alguns Estados que exigem que os membros da família que solicitem o estatuto demonstrem dispor de recursos adequados que não incluam o rendimento do reagrupante, considerando que as mesmas impedem os familiares de poderem adquirir, eles, um estatuto estável. Cf. p. 3.

<sup>2504</sup> ANUSCHEH FARAHAT, “We want you! But...”, p. 713. Note-se, porém, que a Diretiva 2009/50/CE permite cumular períodos de residência em diferentes Estados-Membros para efeitos da contagem da duração da residência (art. 18.º).

<sup>2505</sup> Nos termos do art. 9.º, n.º1, c), o imigrante pode perder o estatuto de residente de longa duração após 12 meses consecutivos de ausência do território da UE. Os Estados-Membros podem, contudo, prever disposições mais favoráveis. Para além do mais, o art. 9.º, n.º5 prevê um procedimento facilitado para a reaquisição do estatuto, se o mesmo foi perdido devido a ausência prolongada do território.

via do reagrupamento familiar. Essa proteção é garantida através da previsão de um título de residência autónomo para os familiares, fundado nas relações que os mesmos entretanto estabeleceram com o território de acolhimento, e que se presumem estar consolidadas no final de um determinado período de tempo<sup>2506</sup>. Por esta via, o destino dos membros da família deixa de ficar dependente do reagrupante. O referido título de residência autónomo fundamenta-se já não na unidade familiar (uma vez que, a partir dessa data, essa unidade familiar pode, inclusivamente, deixar de existir), mas nas relações entretanto entretecidas entre o membro da família e a sociedade de acolhimento<sup>2507</sup>.

Tal como na autorização para fins de reagrupamento familiar, também aqui a Diretiva consagra um verdadeiro direito subjetivo à residência. O considerando n.º 15 refere que esse direito é justificado com a necessidade de promoção da integração dos membros da família. De facto, fazer depender a residência dos nacionais de países terceiros da manutenção dos laços familiares poderia levar, nas palavras de MILENE NYS, a decisões desumanas, porque não se teria em conta o *aleas* da vida familiar. Esse seria o caso, por exemplo, de um filho que entretanto atingiu a maioridade ou de um cônjuge que se divorciou do reagrupante. O estatuto destas pessoas, que entretanto criaram laços com a sociedade de acolhimento, não poderia ficar eternamente dependente do estatuto do reagrupante.

O art. 15.º da Diretiva regula os casos em que esse direito de residência pode ser concedido. Esse direito deve ser atribuído «o mais tardar após cinco anos de residência». Dele poderá beneficiar o cônjuge, ou a pessoa que mantém uma união de facto com o reagrupante, e os filhos que tiverem atingido a maioridade<sup>2508</sup>. Tal direito pode ainda ser concedido aos ascendentes e aos filhos que já entraram no país depois da maioridade, se o Estado-Membro previr um direito ao reagrupamento familiar nesses casos (n.º2 do art. 15.º). A Diretiva usa, pois, uma diferente formulação consoante esteja em causa um dos familiares obrigatoriamente admitidos ou um familiar cuja admissão é facultativa, parecendo que, no segundo caso, ainda que admita esse familiar, a concessão do direito de residência autónoma é também facultativo<sup>2509</sup>.

Por fim, independentemente de prazo, em caso de viuvez, divórcio, separação ou óbito de ascendentes ou descendentes diretos em primeiro grau, o direito de residência autónoma poderá ser também reconhecido (n.º3 do art. 15.º). Essa norma insta ainda os Estados-Membros a aprovar disposições que garantam a concessão de uma autorização de residência autónoma sempre que se verifiquem circunstâncias particularmente difíceis. Neste último ponto, as autorizações de residência autónomas podem já não se fundamentar sequer primordialmente na proteção da vida privada dos titulares, mas sim na obrigação de o Estado proteger pessoas em situações particularmente vulneráveis<sup>2510</sup>.

---

<sup>2506</sup> PIETER BOELES, MAARTEN DEN HEIJER, GERRIE LODDER & KEES WOUTERS, *European Migration Law...*, p. 150.

<sup>2507</sup> MILENE NYS, *L'Immigration...*, p. 447.

<sup>2508</sup> Neste ponto, porém, a Diretiva prevê mais uma cláusula de derrogação, ao permitir que os Estados-Membros podem restringir a concessão dessa autorização de residência ao cônjuge ou à pessoa que com ele mantém uma união de facto, em caso de rutura dos laços familiares.

<sup>2509</sup> Assim, PIETER BOELES, MAARTEN DEN HEIJER, GERRIE LODDER & KEES WOUTERS, *European Migration Law...*, p. 150.

<sup>2510</sup> Teve-se em vista, em particular, as situações derivadas de violência doméstica. Sobre este ponto, cf. *infra*, ponto 4.5. do presente capítulo.

### 3.4. CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA

#### 3.4.1. O direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade

Uma proteção de direitos derivados de imigração através da proteção do direito à vida privada dos estrangeiros poderá assentar no direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade<sup>2511</sup>, previsto no art. 26.º da Constituição. Este direito, introduzido na revisão constitucional de 1997, é um direito amplo, que abarca direitos de vários tipos, tendo sido fortemente inspirado na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. Um desses direitos é, precisamente, o *direito à vida privada*<sup>2512</sup>.

Tem-se escrito bastante sobre este direito. No entanto, pouco ou nada se tem dito sobre a proteção da personalidade enquanto direito de o indivíduo desenvolver relações sociais com os seus semelhantes e com a comunidade que o rodeia. De facto, a doutrina desenvolve mais o direito à vida privada entendida no sentido de cada um ver protegido o seu espaço íntimo ou familiar contra intromissões alheias, correspondente ao conceito de *privacy* do direito anglo-saxónico<sup>2513</sup>. Sem desenvolver muito este aspeto, FRANÇOIS RIGAUX considera, no entanto, que a noção de *privacy* (que define como o direito «a ser deixado em paz») é demasiado restrita para abarcar todas as dimensões da vida privada, já que deixa de fora as relações que o indivíduo desenvolve com as outras pessoas ao abrigo de qualquer interferência externa<sup>2514</sup>. Assim, este autor reconhece a ligação entre o desenvolvimento da personalidade enquanto reflexo do meio cultural em que cada um vive e a expressão da sua subjetividade, que distingue um indivíduo dos demais<sup>2515</sup>. Por seu turno, XAVIER BIOY refere que a dimensão de liberdade incluída no direito ao livre desenvolvimento da personalidade está interligada com dimensões psicológicas e sociais do indivíduo, e com a garantia do seu desenvolvimento na esfera coletiva<sup>2516</sup>. Trata-se, enfim, do reconhecimento de que os atributos protegidos da pessoa são múltiplos, e incluem as relações com os outros. Já PIERRE-FRANÇOIS DOCQUIR segue a noção de “vida privada” enquanto composição múltipla e complexa da identidade do indivíduo, fazendo suas as palavras de AMIN MAALOUF de que a identidade de cada um é constituída por um conjunto de elementos que não se limitam aos que figuram nos registos oficiais, e que podem ser compostos pela pertença a uma tradição religiosa a um grupo étnico ou linguístico, a uma família mais ou menos alargada, a uma profissão, a uma instituição, a um certo meio social, a uma cidade, a um bairro, a um clã, a um grupo de amigos. Assim, a esfera da vida privada refere-se ao enquadramento do indivíduo no seu quadro normal de existência, o que engloba não só os laços pessoais, sociais e profissionais, mas ainda a esfera puramente pessoal, constituída, em particular, por um sentimento de pertença a determinado espaço<sup>2517</sup>.

---

<sup>2511</sup> Em sentido semelhante, LAURA MIRAUT MARTÍN, “Los Objetivos de las Políticas...”, p. 348.

<sup>2512</sup> FRANÇOIS RIGAUX, *La Protection de la Vie Privée...*, p. 13.

<sup>2513</sup> Note-se que inicialmente, o direito à “*privacy*”, tal como foi recortado pela jurisprudência norte-americana, se reportava, porém, a um direito geral de personalidade. Sobre este ponto v., entre nós, CATARINA SARMENTO E CASTRO, *Direito da Informática...*, p. 22.

<sup>2514</sup> FRANÇOIS RIGAUX, *La Vie Privée...*, p. 17.

<sup>2515</sup> FRANÇOIS RIGAUX, *La Protection de la Vie Privée...*, p. 15.

<sup>2516</sup> XAVIER BIOY, “Le Libre Développement de la Personnalité...”, p. 137.

<sup>2517</sup> PIERRE-FRANÇOIS DOCQUIR, “Droit à la Vie Privée...”, p. 933.

Entre nós, dos trabalhos preparatórios que estiveram na base do art. 26.º da Constituição decorre que se teve em vista a tutela da individualidade e, em particular, das suas diferenças e autonomia<sup>2518</sup>. A doutrina tem afirmado que o art. 26.º abarca vários direitos que estão «diretamente ao serviço da proteção da esfera nuclear das pessoas e da sua vida»<sup>2519</sup>. Este direito visa garantir um direito à formação livre da personalidade ou liberdade de ação, ou o reconhecimento do indivíduo como sujeito autónomo dotado de autodeterminação decisória, com independência e possibilidade de desenvolver projetos de vida<sup>2520</sup>. Abarca, assim, uma dupla dimensão: a proteção da personalidade e a proteção da liberdade geral de ação da pessoa<sup>2521</sup>.

Tal como na doutrina estrangeira, são tímidas as referências da doutrina portuguesa à proteção da vida privada, imanente ao livre desenvolvimento da personalidade enquanto espaço de livre *desenvolvimento de relações pessoais e sociais*. PAULO DE MOTA PINTO reconhece, porém, que no direito ao desenvolvimento da personalidade vai incluída uma dimensão social, já que «as possibilidades de realização do indivíduo isoladamente são, necessariamente, limitadas»<sup>2522</sup>. Por seu turno, embora no contexto da reserva da vida privada, o TC referiu estarem abrangidas pela proibição constitucional de ingerência «a vida pessoal, a vida familiar, a relação com outras esferas de privacidade (v.g. a amizade), o lugar próprio da vida pessoal e familiar (o lar ou domicílio)»<sup>2523</sup>.

Uma leitura do art. 26.º da Constituição de acordo com os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos implica que se considere abrangido pelo seu âmbito de proteção o direito a estabelecer e a manter relações sociais, como explicitado no Ac. *Niemietz* do TEDH. Esse direito protege o indivíduo contra ingerências arbitrárias do Estado na sua esfera pessoal, onde se incluem os seus contactos sociais. Esse será certamente o caso de uma medida que ponha fim às relações sociais de um estrangeiro com determinada comunidade territorial, a toda uma vida aí desenvolvida e a projetos aí levados a cabo. De facto, não se pode negar que os laços com a comunidade em que se viveu ou onde se passou a maior parte da vida é essencial para o projeto de vida de cada um e, por isso, para o desenvolvimento pessoal. Isso pressupõe, naturalmente, a possibilidade de se preservar os laços sociais, profissionais, culturais ou outros que se tenha tecido<sup>2524</sup>. Não seria suficiente para o desenvolvimento da personalidade a possibilidade de entretimento das mais variadas relações, se as mesmas pudessem ser quebradas a qualquer momento ou manter-se sempre como inevitavelmente provisórias. O receio da precariedade poderia, inclusivamente, dissuadir os particulares de exercerem variados direitos<sup>2525</sup>.

Por aqui se vê, assim, a essencialidade dos laços tecidos ou a tecer com a comunidade para o direito ao desenvolvimento da personalidade de cada um, estrangeiros naturalmente

---

<sup>2518</sup> Assim, PAULO MOTA PINTO, “O Direito ao Livre Desenvolvimento...”, p. 157. A maior parte da jurisprudência do TC sobre esta norma foi também emanada neste contexto. Para uma súmula dessa jurisprudência, v. PAULO MOTA PINTO & RAQUEL REIS, *A proteção da vida privada...*

<sup>2519</sup> J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, p. 461.

<sup>2520</sup> J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, p. 463. V. ainda RUI MEDEIROS & ANTÓNIO CORTÊS, “Art. 26.º...”, p. 603 e ss. e XAVIER BIOY, que fala de uma conceção europeia comum do direito de livre desenvolvimento de personalidade. Cf. “Le Libre Développement de la Personnalité...”, p. 126.

<sup>2521</sup> PAULO MOTA PINTO, “A Protecção da Vida Privada...”, p. 160.

<sup>2522</sup> PAULO MOTA PINTO, “O Direito ao Livre Desenvolvimento...”, p. 159.

<sup>2523</sup> Ac. n.º 128/92, de 01/04/1992 e Ac. n.º 355/97, de 07/05/1997.

<sup>2524</sup> RUTH RUBIO MARIN & RORY O’CONNELL, “The European Convention...”, p. 6. Os autores chamam à fundamentalidade destes laços a «tese da integração social».

<sup>2525</sup> RUTH RUBIO MARIN & RORY O’CONNELL, “The European Convention...”, p. 7.

incluídos. A proteção da vida privada dos estrangeiros recebe, assim, acolhimento constitucional, no art. 26.º da CRP, conjugado com o art. 15.º e demais princípios constitucionais expostos na Parte II da presente tese, bem como pelo princípio da interpretação dos direitos fundamentais à luz dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.

### 3.4.2. Proteção das expectativas legítimas

Para além da proteção conferida pelo art. 26.º, uma situação de proteção da vida privada dos estrangeiros integrados no nosso território poderia ainda, em algumas circunstâncias, receber proteção derivada da proteção de expectativas de manutenção da residência no território. De facto, alguns autores invocam que um estrangeiro que tenha sido admitido no território por um determinado período de tempo, ou, por maioria de razão, os que detêm o estatuto de residente permanente, terão “expectativas legítimas” para aí manter a residência<sup>2526</sup>.

Ora, esta perspetiva centra-se no âmbito do princípio da segurança jurídica, ínsito no princípio do Estado de Direito consagrado no art. 2.º da CRP<sup>2527</sup>. Deste princípio deriva, no plano subjetivo, a proteção da confiança legítima dos cidadãos, que tem sido amplamente desenvolvido pela jurisprudência do TC. Esta proteção visa permitir aos particulares uma determinada estabilidade, autonomia e segurança na organização dos seus próprios planos de vida. De outro lado, ele vincula o Estado a um dever de boa fé. *i.e.*, nas palavras de JORGE MIRANDA & RUI MEDEIROS, «de cumprimento substantivo, e não meramente formal, das normas e de lealdade e respeito pelos particulares»<sup>2528</sup>.

De acordo com este princípio, a confiança na manutenção de determinada situação merecerá tutela se se verificarem três pressupostos: 1) os poderes públicos tenham tomado decisões, ou encetado comportamentos suscetíveis de gerar nos indivíduos expectativas de continuidade, 2) os indivíduos tenham tomado decisões ou feito planos de vida tendo como pressuposto os atos públicos, 3) tais expectativas sejam legítimas (fundadas em boas razões)<sup>2529</sup>. Verificadas estas condições, os particulares são detentores de uma expectativa legítima, gerada ou tolerada por comportamentos do Estado. Por exemplo, um estrangeiro a quem tenha sido, durante muitos anos, renovado o título de residência, pode ter uma expectativa legítima de que o comportamento estadual de renovação se manterá, se nada fez que justifique a retirada do título. O mesmo se dirá no que respeita ao estrangeiro a quem o Estado atribuiu um título de residência com carácter de permanência. Este último confiará, legitimamente, que esse título não lhe será retirado abruptamente.

---

<sup>2526</sup> GUY S. GOODWIN-GILL, *International Law...*, p. 258. Também DAMIÃO DA CUNHA refere que a exigência de expulsão judicial nos casos dos detentores de autorização de residência se fundamenta na «tutela da confiança, formalizada na legitimidade de permanência em território nacional», o que obriga a que a expulsão esteja sujeita a «cautelas particulares». Cf. “Art. 33.º...”, p. 747.

<sup>2527</sup> Sobre este princípio, v. entre nós, JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes...*, p. 261 e ss., MARIA LÚCIA AMARAL, *A Forma da República...*, p. 180 e ss., J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 257 e ss. O princípio é simultaneamente dirigido ao legislador, à administração e ao poder judicial. V. JORGE MIRANDA & RUI MEDEIROS, *Constituição...*, 2.ª Edição, Tomo I, p. 99.

<sup>2528</sup> JORGE MIRANDA & RUI MEDEIROS, *Constituição...*, 2.ª Edição, Tomo I, p. 102.

<sup>2529</sup> V., entre outros, o Ac. do TC n.º 128/2009, de 12/03/2009 e Ac. n.º 154/2010, de 20/04/2010.

Ora, neste ponto importa determo-nos sobre um aspeto, referente à permanência no território de estrangeiros em situação ilegal. De facto, numa primeira abordagem poder-se-ia dizer que os mesmos não podem gozar de uma «expectativa legítima» de permanência no território, por bem saberem da sua situação de ilegalidade, naturalmente precária. Nesse sentido, a doutrina tem defendido que a ilegalidade não pode fundamentar o surgimento de expectativas legítimas<sup>2530</sup>. No entanto, parece-nos que não podemos afirmar tal exclusão de forma tão perentória. De facto, são várias as situações na nossa ordem jurídica interna em que, em nome da salvaguarda da segurança jurídica, o decurso do tempo faz criar direitos na esfera das pessoas no que toca a situações à partida não legítimas. Assim, o caso da usucapião, em que se adquire a propriedade, mesmo que a posse seja de má-fé<sup>2531</sup>. Nesse caso, o objetivo de pacificação das relações jurídicas prevalece sobre o direito de propriedade privada. O mesmo objetivo de pacificação jurídica preside ainda à estipulação dos mais variados prazos de prescrição e caducidade previstos na nossa lei<sup>2532</sup>, como o prazo de prescrição de procedimento criminal<sup>2533</sup>. Neste sentido, o TC tem afirmado que tais figuras, «pelo seu não exercício em determinado prazo, procura(m) satisfazer os interesses da certeza e estabilidade das relações jurídicas, os quais exigem a sua rápida definição». Este Tribunal tem ainda referido que o valor da segurança jurídica visa não só a salvaguarda do interesse público de estabilidade e certeza, mas também o interesse subjetivo do particular em não ficar ilimitadamente sujeito a uma “ameaça” de que a sua situação, ainda que fáctica, se altere<sup>2534</sup>. Assim, o decurso do tempo pode, de facto, apagar o «pecado original» que a entrada ilegal no território constituía<sup>2535</sup>. Pensemos no caso de um estrangeiro que resida no território há muitos anos, ainda que ilegalmente. O seu interesse de segurança e estabilidade reclamariam, pois, que, com o decurso do tempo, a situação de residência no território se estabilizasse, não podendo o estrangeiro ser expulso pelo facto de se encontrar sem estatuto legal. O comportamento estadual que gerou a expectativa de continuidade de residência foi a abstenção, durante um longo período de tempo, de adoção de medidas destinadas a pôr fim à mesma<sup>2536</sup>. Assim, julgamos que também os imigrantes em situação ilegal podem beneficiar da consideração das suas expectativas legítimas em permanecer no território, que serão tão mais dignas de proteção quanto maior duração da sua estadia no território.

É legítimo, pois, que os indivíduos que se encontram há bastante tempo no território façam planos baseados numa convicção de permanência no mesmo. Podem deter, assim, de uma expectativa legítima de que poderão continuar a desenvolver o centro da sua vida no território. Assim, alguns autores, ao invés de fundarem o direito à proteção dos laços criados com a comunidade de acolhimento no conceito de “vida privada”, referem-se à proteção das

---

<sup>2530</sup> Assim, JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes...*, p. 267.

<sup>2531</sup> Art. 1287.º e ss. do Código Civil. Usando o mesmo argumento para defender a regularização do estatuto de imigrantes, STEPHEN LEGOMSKY, “Portraits of the Undocumented Immigrant...”, p. 31 e por AYELET SHACHAR, “Earned Citizenship...”, p. 38.

<sup>2532</sup> Art. 298.º e ss. do Código Civil.

<sup>2533</sup> Art. 118.º e ss. do Código Penal.

<sup>2534</sup> Assim, o Ac. do TC n.º 401/2011, de 22/09/2011.

<sup>2535</sup> A expressão é de AYELET SHACHAR, “Earned Citizenship...”, p. 41.

<sup>2536</sup> Em sentido semelhante, a supra citada dec. de 03/10/2014, *Jeunesse c. Holanda*. V. ainda, no sentido de uma certa tolerância dos Estados em aceitar a permanência dos imigrantes ilegalmente estabelecidos, RYSZARD CHOLEWINSKI, “The EU Acquis on Irregular Migration...”, p. 172 e, no que toca à aquisição da cidadania, AYELET SHACHAR, “Earned Citizenship...”, p. 39.

“expectativas legítimas” do estrangeiro residente<sup>2537</sup> ou ainda da existência de um “direito adquirido” à residência<sup>2538</sup>. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional Federal alemão considerou, em 26/09/1978, que a renovação sucessiva de um título de residência fazia nascer na esfera do titular um “direito adquirido” de residir de maneira contínua, o qual seria protegido pela Constituição.

No nosso entender, pode falar-se de “expectativa jurídica” legítima, enquanto “previsão de vir a adquirir o direito ou de manter a situação jurídica”<sup>2539</sup> no que respeita à *aquisição do título de residência*, numa perspetiva legal. No entanto, numa perspetiva constitucional, no que respeita a um direito *a manter o centro da vida privada no território*, julgamos poder já defender-se o reconhecimento de um “direito adquirido”, já que tal direito já se pode ter formado na esfera do titular com o decurso do tempo.

Ainda assim, importa ter em conta que o Estado está legitimamente vinculado à prossecução do interesse público que se faça sentir a cada momento, pelo que não pode ficar preso às opções tomadas no passado. Assim, a proteção das expectativas, ainda que legítimas, dos indivíduos na manutenção de um determinado *status quo* pode sofrer limitações, se um interesse público exigir uma mudança e o peso desse interesse superar a relevância dos interesses particulares no sentido da imodificabilidade da sua situação. O princípio da proporcionalidade servirá, mais uma vez, para aferir da legitimidade da interferência nas expectativas. O peso das posições dos particulares é determinado por vários fatores, como a duração do comportamento estadual, fundamentos do mesmo, etc. Assim, quanto maiores os laços estabelecidos com o território, mais peso terá o interesse estadual de revestir, para se opor aos primeiros<sup>2540</sup>.

### 3.4.3. Aplicação analógica do art. 33.º, n.º1

Alguns autores afirmam ainda que, em determinados casos, e face ao grau de integração do estrangeiro na comunidade, a expulsão do mesmo se assemelha a uma expulsão de nacionais, pelo que se deveria aplicar, analogicamente, a proibição ínsita no n.º1 do art. 33.º da CRP<sup>2541</sup>. Tal sucederia, precisamente, nos casos em que os cidadãos estrangeiros residam no território há um longo período de tempo. Uma leitura da norma constitucional à luz dos últimos desenvolvimentos derivados da proteção internacional dos direitos humanos (em particular, no que toca às mais recentes decisões do Comité dos Direitos Humanos das N.U.) favorecerá semelhante perspetiva<sup>2542</sup>.

---

<sup>2537</sup> GUY S. GOODWIN-GILL, *International Law...*, p. 258. O autor refere que a doutrina da proteção das legítimas expectativas era usada pelos tribunais internacionais, tendo depois caído em desuso.

<sup>2538</sup> RICHARD PLENDER, “Human Rights of Aliens...”, p. 44, JEANETTE MONEY, “Human Rights Norms...”, p. 517.

<sup>2539</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Alterações de Regime Jurídico...”, p. 147.

<sup>2540</sup> Referindo também que, como fundamento da expulsão judicial é necessário estar «um fundamento suficientemente forte que habilite à “perda” da protecção conferida pelo Estado português ao cidadão estrangeiro», e que permita justificar a «perda de confiança» daí proveniente, v. DAMIÃO DA CUNHA, “Art. 33.º...”, p. 747.

<sup>2541</sup> DAMIÃO DA CUNHA, “Art. 33.º...”, p. 748.

<sup>2542</sup> Cf. *infra*, ponto 3.2.1. do presente capítulo.



#### **3.4.4. Outras experiências constitucionais**

Outras jurisdições constitucionais também já tiveram a oportunidade de conceder proteção a uma espécie de “direito a manter residência” no território aos chamados “estrangeiros integrados”. A jurisprudência constitucional francesa é, mais uma vez, um exemplo de referência.

##### **a) França**

Na *Décision* n.º 97-389 DC, de 22/04/1997, o *Conseil Constitutionnel*, censurou uma disposição legal que sujeitava a renovação de um título de residência à condição de o estrangeiro não representar uma simples ameaça à ordem pública. O Tribunal considerou que a estabilidade resultante da presença regular do estrangeiro no território nacional durante dez anos, e os laços múltiplos entretanto entretidos pelo mesmo, não podiam, sem violação da Constituição, ficar condicionados a essa exigência.

#### **3.5. LEI DE IMIGRAÇÃO PORTUGUESA**

Várias disposições da atual lei de imigração visam conceder algum tipo de proteção à vida privada dos estrangeiros em processo de imigração. Estão nessa situação, desde logo, as disposições que consagram um direito de residência permanente ou o estatuto de residente de longa duração (3.5.1.). Depois, as disposições que estabelecem limites à recusa de entrada no território ou à aplicação de expulsão (3.5.2.). Em terceiro lugar, as normas que preveem a possibilidade de regularização do estatuto em função da salvaguarda do respeito pela vida privada (3.5.3.).

##### **3.5.1. Autorização de residência permanente e estatuto de residente de longa duração**

Consideramos que deriva do art. 26.º da CRP a necessidade de o legislador prever a possibilidade de os estrangeiros «integrados» acederem a um estatuto particularmente estável, de preferência com caráter permanente. De facto, se a nossa ordem jurídica apenas previsse títulos temporários, estaria a negar a possibilidade de os estrangeiros estabelecerem laços duradouros com a comunidade. Para além de a sociedade se tornar hermética, fechada, negaria ainda o livre desenvolvimento de relações sociais e interpessoais a quem, sendo estrangeiro, se encontrasse a residir na mesma, já que existiria sempre o receio de essas relações se romperem. O livre desenvolvimento da personalidade que beneficiam os estrangeiros que residam no nosso território, por força do art. 26.º, conjugado com o art. 15.º da CRP, ficaria seriamente comprometido.

Assim, a nossa lei de imigração prevê a possibilidade de, ao fim de certo período de tempo de residência, os estrangeiros residentes poderem adquirir o direito de residência permanente. Tal previsão é levada a cabo através do estatuto de residente de longa duração, que transpôs para a ordem jurídica nacional a Diretiva correspondente, bem como através da proteção de

um direito de residência permanente<sup>2543</sup>. Nesses casos, a concessão do estatuto destina-se a consolidar uma relação já previamente desenvolvida com o território nacional, tendo caráter permanente.

Em ambos os casos, o estatuto é conferido após cinco anos de residência no território, e desde que verificadas outras condições. No caso da residência permanente, é exigida a inexistência de condenação em pena que ultrapasse um ano de prisão (art. 80.º). É ainda necessária a posse de alojamento e de recursos estáveis, bem como a comprovação de conhecimentos de «português básico». Para obtenção do estatuto de residente de longa duração é também exigida a detenção de recursos estáveis, seguro de saúde, alojamento e, também, prova de conhecimento de «português básico» (art. 126.º)<sup>2544</sup>. O estatuto pode ser recusado por razões de ordem pública ou de segurança pública, devendo ser tomada em consideração a gravidade ou o tipo de ofensa cometida, ou os perigos que possam advir da permanência dessa pessoa em território nacional, bem como a duração da residência no território e a existência de ligações ao país. Para além do mais, a recusa não deve basear-se em razões económicas.

Estes dois tipos de títulos protegem ainda acrescidamente os seus titulares contra medidas de expulsão. Ao detentor de autorização de residência permanente só pode ser aplicada pena acessória de expulsão quando a sua conduta constitua perigo ou ameaça graves para a ordem pública, a segurança ou a defesa nacional (art. 151.º, n.º3)<sup>2545</sup>. São tidos em conta vários fatores atinentes à situação pessoal do expulsando, como o grau de inserção na vida social e o tempo de residência em Portugal, a par da gravidade dos factos praticados, a prevenção especial, a sua personalidade e a eventual reincidência (art. 151.º, n.º 2)<sup>2546</sup>. O residente de longa duração beneficia também de proteção contra medidas de afastamento, já que, nos termos do art. 136.º, só pode ser aplicada expulsão judicial quando o mesmo constitua ameaça grave real ou suficientemente grave para a ordem pública ou segurança pública<sup>2547</sup>. Essa norma manda ainda atender à duração da residência no território, à idade da pessoa e as consequências que, para a mesma e para os seus familiares, podem advir da decisão de

---

<sup>2543</sup> Os imigrantes não podem ser simultaneamente titulares dos dois títulos. A autorização de residência de longa duração confere um direito de circulação para outros Estados-Membros da UE.

<sup>2544</sup> Sobre o regime jurídico destes títulos de residência v., para mais detalhes, CARLA AMADO GOMES, “The Administrative Condition...”, p. 29.

<sup>2545</sup> Esta norma foi alterada pela Lei n.º 65/2015, de 23 de junho, que tornou menos exigente a aplicação da pena de expulsão a estrangeiros com este título de residência. De facto, na redação anterior, a referida pena de expulsão só podia ser aplicada a estrangeiros com esse título de residência quando a sua conduta constituísse uma ameaça *suficientemente grave* para a ordem pública ou segurança nacional.

<sup>2546</sup> Assim já era decidido pelo STJ à luz da anterior lei. Assim, o Ac. de 27/09/2006, proc. n.º 06P2802, em que o Tribunal afirmou que, na aplicação da pena, se deveria ter em conta «a gravidade dos factos praticados, a personalidade do agente, a eventual reincidência, o grau de inserção na vida social, a prevenção especial e o tempo de residência em Portugal». Mais afirmou que «a decisão de expulsão, que constitui uma ingerência na vida da pessoa expulsa, pressupõe sempre uma avaliação de justo equilíbrio, de razoabilidade, de *fair balance* entre o interesse público, a necessidade de ingerência e a prossecução das finalidades referidas no art. 8.º, n.º2, da Convenção Europeia, e os direitos do indivíduo contra ingerências das autoridades públicas na sua vida (...), que podem sofrer uma séria afetação com a expulsão, *especialmente quando a intensidade da permanência no país de residência corta as raízes ou enfraquece os laços com o país de origem*» (sublinhado nosso). Sobre este ponto, v., em detalhe, JOSÉ A.C. PEREIRA & JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *Direito de Estrangeiros...*, p. 547. V. ainda, sobre os fatores a ponderar na aplicação de uma pena acessória de expulsão, MARIA JOÃO ANTUNES, “Comentário – Tráfico de Droga...”, p. 180.

<sup>2547</sup> Os motivos de expulsão são, assim, mais restritos do que os que podem ser aplicados aos demais estrangeiros, e que constam do art. 134.º.

expulsão, bem como os laços com o país de residência ou a ausência de laços com o país de origem (art. 136.º, n.º2)<sup>2548</sup>.

A previsão da possibilidade de obtenção de estatuto permanente é, pois, um reconhecimento legal da proteção acrescida que certos estrangeiros merecem, por força da sua integração no território e dos especiais laços entretanto tecidos com o mesmo. Resulta, assim, reconhecido e protegido este aspeto essencial da sua vida privada, que é a ligação com o território e comunidade portuguesas.

### 3.5.2. Limites às decisões de recusa de entrada e de expulsão

Tal como prevê limites às recusas de entrada que se alicerçam na salvaguarda da unidade familiar, o art. 36.º da lei prevê também limites a tais recusas com fundamento no respeito pela *vida privada* dos estrangeiros. Assim, o Estado não pode impedir a entrada dos estrangeiros que tenham nascido em território português e aqui residam habitualmente. O objetivo desta norma é a proteção do residente que teve todo o seu percurso de vida em Portugal, e assim, a salvaguarda dos laços que unem esse cidadão estrangeiro a Portugal<sup>2549</sup>. Também este limite à interdição de entrada era previsto de forma absoluta na redação original da lei, tendo sido alterado pela Lei n.º 29/2012, de 09 de agosto. Esta lei veio possibilitar a interdição de entrada, mesmo no que toca a estes estrangeiros, em alguns casos, *supra* referidos, respeitante à indicação de estrangeiros no SIS<sup>2550</sup>. Tal como referimos no que toca à salvaguarda da vida familiar, apesar da alteração legislativa levada a cabo em 2009, ainda que a entrada do estrangeiro possa, em abstracto, ser interdita, a aplicação dessa medida em concreto terá sempre de ser ponderada com a salvaguarda do direito à vida privada do estrangeiro.

No que toca às proibições de expulsão, o anterior regime jurídico da imigração<sup>2551</sup> também já previa, na categoria de estrangeiros inexpulsáveis, aqueles que tinham nascido em território português e que aqui residiam habitualmente, bem como os que se encontrassem em Portugal desde idade inferior a 10 anos e aqui residissem habitualmente. Estes casos resultavam do reconhecimento de que a situação de marginalidade se havia desenrolado num contexto em que a própria sociedade portuguesa estava envolvida “*sendo naturalmente corresponsabilizada*”<sup>2552</sup>. Invocavam-se, assim, mais interesses ligados à responsabilização da sociedade pela integração do que propriamente os interesses privados dos estrangeiros em manter os laços com a mesma.

A atual lei de imigração prevê, no art. 135.º, os mesmos limites à expulsão. Assim, continuam a não poder ser expulsos do território nacional os estrangeiros que tenham nascido em território português e aqui residam habitualmente, bem como os que se encontrem em Portugal desde idade inferior a dez anos e aqui residam também habitualmente. Nestes casos, como referem CARLA AMADO GOMES & ANABELA COSTA

---

<sup>2548</sup> JÚLIO A. C. PEREIRA & JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO referem que as autoridades têm de analisar estes fatores autonomamente, um a um. Cf. *Direito de Estrangeiros...*, p. 477.

<sup>2549</sup> JÚLIO A. C. PEREIRA & JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *Direito de Estrangeiros...*, p. 145.

<sup>2550</sup> Cf. *supra*, ponto 2.6.2. do presente capítulo.

<sup>2551</sup> Art. 101.º, n.º4 do Decreto-lei n.º 244/98, de 8 de agosto, com as alterações do Decreto-lei n.º 4/2001, de 10 de janeiro.

<sup>2552</sup> JÚLIO ALBERTO CARNEIRO PEREIRA, “Direito à emigração...”, p. 122.

LEÃO, «a margem de decisão dos poderes públicos (seja das autoridades administrativas, seja dos tribunais), está limitada pela proteção concedida à ligação do indivíduo ao Estado em que reside e onde desenvolveu a sua vida pessoal. E esta proteção prima sobre os eventuais interesses públicos no afastamento do território»<sup>2553</sup>.

Também esta norma sofreu, contudo, uma alteração em 2009, passando a prever as já mencionadas exceções às proibições de expulsão<sup>2554</sup>. Ora, essas exceções levantam várias dúvidas, por fragilizarem a proteção dos estrangeiros “integrados”. Nesse ponto, CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA referia, já à luz da lei anterior que, mesmo condicionando a aplicação da medida aos casos de necessidade de proteção da ordem pública, «subsiste a situação de (...) desigualdade entre os condenados portugueses e os condenados que, devido à sua condição de estrangeiros, são sujeitos a um tratamento mais desfavorável em consequência da prática de ilícitos criminais»<sup>2555</sup>. A autora considera ainda que as proibições de entrada podem constituir restrições inaceitáveis a direitos civis, quando os sujeitos das mesmas sejam titulares de um direito de entrada, por se basearem apenas numa condenação anterior<sup>2556</sup>. No nosso entender, para além de todas as reticências que as penas de expulsão ou de recusa de entrada suscitem, *a se*, cumpre-nos ainda que referir que a serem aplicadas, as referidas medidas terão sempre de ser precedidas de uma ponderação prévia, a realizar entre os interesses de salvaguarda da ordem pública e os interesses de proteção da vida privada do estrangeiro.

### 3.5.3. Regularização do estatuto

O Decreto-lei n.º 244/98, de 8 de agosto permitia já a regularização do estatuto de imigrantes em situação irregular no nosso país em casos destinados à salvaguarda da vida privada dos mesmos. Assim, previa-se a regularização da situação administrativa dos estrangeiros que tivessem residido legalmente em Portugal durante um período mínimo ininterrupto de dois anos, nos últimos quatro, dos que não se tivessem ausentado do território nacional e cujo direito de residência tivesse caducado por falta de atempada renovação, dos que fossem titulares de visto de trabalho durante um período ininterrupto de três anos e dos que tivessem sido titulares de autorização de permanência durante um período ininterrupto de cinco anos. Nestes casos, pois, o tempo de residência e os laços estabelecidos com o território justificavam uma proteção de um direito derivado à obtenção de um estatuto legal.

A lei atual prevê soluções semelhantes no art. 122.º. Nos termos da al. c) do n.º1, pode ser regularizado o estatuto dos filhos de titulares de autorização de residência que tenham já atingido a maioridade e tenham permanecido em território nacional desde os 10 anos de idade. Trata-se aqui de pessoas que não nasceram no território nacional e que, apesar de aí terem os seus progenitores, nunca chegaram a regularizar a sua situação através do reagrupamento familiar. Uma vez atingida a maioridade, e se não cumprirem os requisitos que o art. 99.º, n.º1, d) exige para o reagrupamento de filhos maiores, resta-lhes, ainda assim, esta via para a regularização da sua situação. Esta possibilidade, além de salvaguardar a unidade familiar, entendida como abrangendo a ligação entre progenitores e filhos maiores, permite ainda proteger a vida privada dos últimos, *i.e.*, as ligações que estes entretanto

---

<sup>2553</sup> *A Condição de Imigrante...*, p. 33.

<sup>2554</sup> Cf., *supra*, ponto 2.6.2. do presente capítulo.

<sup>2555</sup> CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, “Exclusões Formais, Exclusões Materiais...”, p. 43.

<sup>2556</sup> *Idem*, p. 44.

entreteceram no território. Por seu turno, a alínea d) do n.º1 prevê que os estrangeiros maiores, nascidos em território nacional e que aqui tenham permanecido desde idade inferior a 10 anos possam também obter autorização de residência. Trata-se, neste caso, e de acordo com o já referido art. 135.º, d), de pessoas que só podem ser expulsas em casos excecionais, pelo que se justifica uma atribuição de estatuto legal aos mesmos. Podem ainda obter uma autorização de residência os estrangeiros que, tendo perdido a nacionalidade portuguesa, hajam permanecido no território nacional nos últimos 15 anos, bem como os que não se tenham ausentado do território nacional e cujo direito de residência tenha caducado (art. 122.º, n.º1, al. i) e j)). Por fim, importa ainda referir que a Lei n.º 63/2015, de 30 de junho, veio ainda prever a possibilidade de regularização do estatuto dos estrangeiros que beneficiaram, no passado, de autorização de residência para efeito de estudos, assim protegendo, também por esta via, pessoas que criaram importantes laços com a comunidade portuguesa através da sua educação (art. 122.º, n.º1, al. o) e p)).

Estas situações visam a concessão de um título de residência a quem, por variadas razões, não possui um estatuto legal no país, apesar de manter um vínculo estável com o mesmo. Por terem estado presentes desde tenra idade ou se encontrarem há bastante tempo no território, justifica-se a proteção da vida privada destes estrangeiros.

### 3.6. SÍNTESE CONCLUSIVA

Paralelamente ao direito à unidade familiar, também o desenvolvimento do direito ao respeito pela vida privada começa a permitir a proteção de direitos derivados de imigração. Tais direitos protegerão os laços que os estrangeiros instalados no território possam ter com a comunidade do mesmo. Mas mais do que laços concretos, consideramos que protege em si o direito a *estabelecer e manter* ligações com a comunidade como um todo, incluindo o próprio tecido social e económico da mesma<sup>2557</sup>. Este direito é, de todos, o que mais se aproxima de um direito *tout court* à imigração, por proteger os laços existentes com a sociedade de acolhimento, bem como a residência do estrangeiro. Neste sentido, LUÍS SILVEIRA fala de um *direito à estadia*, suscetível de limitações ou condicionamentos gradualmente menos amplos, em função da duração daquela<sup>2558</sup>.

Neste ponto, interessa chamar à colação a teoria do *ius nexi* de AYELET SHACHAR que, embora tenha sido criada para o reconhecimento de um direito à cidadania, não deixa de poder ser transposta analogicamente para a afirmação do *minus* – *i.e.*, do direito a residir na comunidade. De acordo com a autora, importaria reconhecer esse direito a quem possui um verdadeiro elo de ligação com a comunidade<sup>2559</sup>. Esse elo de ligação poderia aferir-se através de alguns indícios de conexão com a comunidade, como a formação escolar, o desenvolvimento de laços profissionais, familiares e sociais, a duração da residência, o pagamento de contribuições fiscais e de segurança social, o investimento de capitais, e domínio da língua ou o seguimento da cultura<sup>2560</sup>. Como a autora defende, de forma que é perfeitamente transponível para a defesa de um direito a permanecer ou mesmo a um estatuto regular, o *ius nexi* oferece aos residentes um caminho previsível e seguro para se tornar um

---

<sup>2557</sup> Em sentido semelhante, RUTH RUBIO MARIN & RORY O'CONNELL, "The European Convention...", p. 10.

<sup>2558</sup> Cf. "O Acolhimento...", p. 227.

<sup>2559</sup> AYELET SHACHAR, "Earned Citizenship...", p. 7.

<sup>2560</sup> V. ainda NOAH BENJAMIN NOVRODsky, "The Use and Abuse...", p. 60.

membro da comunidade. Por outro lado, ao tomar em consideração a conduta da pessoa, e o seu comprometimento com a sociedade, permite falar de um direito à pertença da comunidade que foi conquistado pelo próprio<sup>2561</sup>. Exige, assim, uma proatividade do estrangeiro em criar laços com a comunidade, não se confundindo, assim, com a simples presença prolongada no território<sup>2562</sup>. Por outro lado, foca-se no momento atual, nas laços entretanto desenvolvidos com a sociedade de acolhimento, prescindindo de considerações relativas à legitimidade do título que inicialmente marcou a entrada do estrangeiro na comunidade.

Contrariamente aos outros dois direitos já estudados, este direito encontra-se ainda em afirmação. Recebe já proteção por parte da jurisprudência do TEDH, apesar de tal proteção ainda nos merecer várias críticas. No que toca aos demais níveis de proteção analisados, apesar de não se falar *stricto sensu* de um direito à proteção da vida privada dos estrangeiros, são já várias as manifestações de proteção dos laços sociais que o estrangeiro possa ter com o país de residência. Assim, no Direito da UE e na lei de imigração, não só é prevista a atribuição de um estatuto específico dotado de especial estabilidade a quem já resida no território a um certo período de tempo, como ainda se preveem proteções especiais ou mesmo proibições de expulsão, de interdição de entrada e especiais obrigações de ponderação antes da tomada de decisões, que são manifestações da salvaguarda da vida privada dos estrangeiros.

O art. 26.º da CRP deve ser lido à luz do nível de proteção mais elevado neste domínio, e que, mais uma vez, terá de ser retirado da conjugação de vários instrumentos normativos. Assim, desde logo, importa atentar na jurisprudência TEDH, que obriga a que uma medida de expulsão de um estrangeiro integrado, bem como de recusa de estatuto legal, seja necessariamente ponderada com o interesse individual de levar a cabo a vida privada no território em causa. Esta jurisprudência deve, pois, iluminar o sentido do art. 26.º da CRP. Já os desenvolvimentos decorrentes das decisões do Comité dos Direitos Humanos das N.U. apontam noutro sentido: na possibilidade de se aplicar analogicamente, aos estrangeiros mais “integrados”, a proibição de expulsão de nacionais ínsita no art. 33.º, n.º1 da CRP. Mas mais. Consideramos que da nossa Constituição deriva ainda a possibilidade de se conceder proteção ao direito a permanecer ou a um estatuto legal a quem tem ligações duradouras com o território português por força do princípio da segurança jurídica, na vertente da proteção das expectativas legítimas. Alguma jurisprudência constitucional estrangeira oferece exemplos neste contexto.

Os direitos de imigração agora em análise só existirão, em concreto, nos casos em que pré-exista uma ligação forte entre o estrangeiro e o território de acolhimento, pois só aí a vida privada do mesmo é caracterizada pelas relações com esse território. Assim, o direito à vida privada não garantirá, à partida, um direito a entrar pela primeira vez num determinado território, embora garanta o direito de reentrada, no caso de os estrangeiros “integrados” se terem ausentado do mesmo. O campo por excelência de proteção do direito à vida privada será, ainda assim, o direito à permanência no território, bem como à obtenção de um estatuto legal. Mas mais. Da referida proteção da vida privada resulta ainda a necessidade de a lei de imigração prever a possibilidade de os estrangeiros adquirirem um direito de residência dotado de particular estabilidade, ao fim de um certo período de tempo. Assim, nos casos em que se demonstre que o estrangeiro tem o centro da sua vida no território, de tal forma que este caracteriza de forma incontornável a sua vida privada, a mesma pode reclamar proteção através do reconhecimento de um direito a aceder a um estatuto estável.

---

<sup>2561</sup> AYELET SHACHAR, “Earned Citizenship...”, p. 10.

<sup>2562</sup> *Idem*, p. 28.

Por fim, tal como o direito à unidade familiar, também o direito à vida privada pode ser limitado, em nome de um interesse público prevalecente. Essa limitação tem também de respeitar os vários pressupostos derivados do princípio da proporcionalidade em sentido amplo. Deve, por fim, respeitar o núcleo essencial do direito, que exige a salvaguarda da vida privada sempre que o estrangeiro não possuir laços *efetivos* com *qualquer outro país*.

#### 4. OUTRAS MANIFESTAÇÕES DA PROTEÇÃO DERIVADA DE DIREITOS DE IMIGRAÇÃO

Para além dos três direitos estudados, que têm constituído as principais vias de proteção derivada de direitos de imigração, encontram-se em surgimento outras manifestações dessa proteção. Nestes casos já não se pode falar de uma jurisprudência ou de uma regulamentação jurídica sedimentada, nem os mesmos se manifestam transversalmente nos vários níveis jurídicos aqui percorridos. Sem pretensão de as enumerar exaustivamente, pretendemos precisamente assinalar algumas dessas manifestações, as quais se podem revelar de forma múltipla e variada. Pretendemos apenas ilustrar de que forma a ideia de proteção de direitos de imigração pode derivar de outros direitos humanos. Assim, abordaremos o caso do direito à vida (4.1.), do direito da criança à proteção do Estado (4.2.), do direito à educação (4.3.), do direito à proteção do trabalhador (4.4.), do direito à proteção das vítimas de certos crimes (4.5.), do direito de participação em processos judiciais em curso (4.6.), da proibição da discriminação (4.7.), do direito à liberdade de expressão (4.8.), do direito à liberdade religiosa (4.9.) e, finalmente, do direito à propriedade privada (4.10.).

##### 4.1. DIREITO À VIDA

Uma possível manifestação, em surgimento, de um direito derivado de imigração resulta da proteção do direito à vida<sup>2563</sup>. Este direito derivado tem também sido reconhecido, de forma ainda incipiente e tímida, no contexto da proibição de expulsão nos casos em que o estrangeiro será sujeito a pena de morte no país de destino. Esta via de proteção derivada já é concedida, como se viu supra, pelo art. 19.º, n.º 2 da CDFUE e pelo art. 33.º, n.º 6 da CRP, que proíbem a expulsão ou extradição nos casos em que a pessoa objeto da medida será sujeita a pena de morte. Vejamos de que forma é reconhecida por outros instrumentos.

##### 4.1.1. Jurisprudência dos órgãos de garantia da CEDH

Inicialmente, a jurisprudência do TEDH não dava acolhimento à ideia de proteção derivada contra expulsões em caso de risco de sujeição à pena de morte, por se considerar que o bem “vida humana” não possuía valor absoluto. Assim, as expulsões ou extradições para países em que o estrangeiro pudesse incorrer numa pena de morte não eram tidas como violadoras desse direito. Apenas se se demonstrasse que o estrangeiro seria sujeito a tortura, tratamentos desumanos ou degradantes é que se poderia proteger derivadamente um direito a permanecer no território, por força do art. 3.º da CEDH<sup>2564</sup>. Não obstante, com a entrada em vigor do Protocolo n.º 6 em 1985 e do n.º 13 em 2003, a pena capital deixou de ser admitida, quer em tempo de paz, quer em tempo de guerra, no sistema do Conselho da

---

<sup>2563</sup> Sobre a proteção do direito à vida, em geral, pelos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, v., *inter alia*, RHONA K. M. SMITH, *Textbook on International Human Rights...*, p. 217 e ss., FREDERIC SUDRE, *Droit Européen...*, p. 292 e ss.

<sup>2564</sup> V. *supra*, ponto 1.1. do presente capítulo.



Europa<sup>2565</sup>. Todos os Estados-Membros da UE assinaram os referidos Protocolos. A entrada em vigor dos mesmos não deixou de se refletir na jurisprudência do TEDH em matéria de imigração. Assim, por exemplo, no caso *Chamaïev*, este Tribunal considerou que uma decisão de extradição para a Rússia violava os arts. 2.º e 3.º da CEDH, uma vez que esse país não havia abolido a pena de morte, não tendo ratificado o Protocolo n.º 6 nem assinado o Protocolo n.º 13, pelo que havia um risco real de o estrangeiro ser sujeito a essa pena<sup>2566</sup>. Já no caso *Bader*, o TEDH considerou que a expulsão do recorrente para a Síria, onde fora condenado, à revelia, em pena de morte, violava os arts. 2.º e 3.º conjugados, pelo facto de, no processo, não terem sido assegurados os seus direitos de defesa<sup>2567</sup>.

Na maior parte dos casos decididos neste contexto, o TEDH considera que a análise da violação do art. 2.º é indissociável da violação do art. 3.º<sup>2568</sup>. Esta jurisprudência tem sido reafirmada em vários casos recentes, embora o TEDH raramente considere existir, em concreto, risco de vida com a expulsão dos estrangeiros<sup>2569</sup>.

Ainda assim, tem-se afirmado que decorre do art. 2.º da CEDH uma proibição absoluta de expulsão<sup>2570</sup>. Tem-se apontado, no entanto, existir uma diferença assinalável entre a proteção conferida pelo art. 3.º e a veiculada pelo art. 2.º. Nos casos relacionados com o art. 2.º, a perspectiva de morte em caso de regresso deve ser quase certa, enquanto que nos casos respeitantes ao art. 3.º, o TEDH se basta, como se viu, com a existência um risco real de sujeição a tortura ou a outras formas de tratamentos desumanos ou degradantes<sup>2571</sup>.

#### 4.1.2. Decisões do Comité dos Direitos Humanos das Nações Unidas

Também o Comité dos Direitos Humanos inicialmente analisava as expulsões em caso de aplicação de pena de morte apenas à luz do art. 7.º do PIDCP. Mais tarde, começou a ter em consideração, também, a possível violação do direito à vida, consagrado no art. 6.º do PIDCP. Assim, na dec. *Judge c. Canadá*<sup>2572</sup>, relembando o consenso internacional crescente em relação à abolição da pena de morte, bem como o caráter evolutivo do PIDCP, considerou que um Estado, que havia abolido a pena de morte, violava o direito à vida em caso de extradição para um país onde existisse risco de sujeição a essa pena, se não se

---

<sup>2565</sup> Nas palavras do estudo feito pela Corte Costituzionale italiana, estes protocolos vieram mesmo como que alterar o art. 2.º da CEDH. Cf. CORTE COSTITUZIONALE, *Lo Straniero nella Giurisprudenza...*, p. 40.

<sup>2566</sup> Dec. de 12/04/2005, *Chamaïev e outros c. Georgia e Rússia*, queixa n.º 36378/02. Note-se que o TEDH teve ainda em consideração fatores adicionais, como a forma como a pena de morte era aplicada, as condições de detenção até a aplicação da mesma, a idade da pessoa em questão, a gravidade do crime e proporcionalidade da pena. V., para mais detalhes, NICHOLAS SITAROPOULOS, “The Role and Limits...”, p. 93.

<sup>2567</sup> Dec. de 08/11/2005, *Bader e Kanbor c. Suécia*, queixa n.º 13284/04.

<sup>2568</sup> Dec. de 05/09/2013, *K.A.B. c. Suécia*, queixa n.º 886/11.

<sup>2569</sup> V., *inter alia*, a Dec. de 28/06/2012, *A.A. e outros c. Suécia*, queixa n.º 14499/09 e a recente dec. de 14/04/2015, *Tatar c. Suíça*, queixa n.º 65692/12. No sentido da violação do art. 2.º, v. a Dec. 24/07/2014, *Al Nashiri c. Polónia*, queixa n.º 28761/11.

<sup>2570</sup> AGÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA PARA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS & CONSELHO DA EUROPA, *Manual de Legislação Europeia...*, p. 68.

<sup>2571</sup> *Idem*, p. 72.

<sup>2572</sup> Dec. de 05/08/2003, *Judge c. Canada*, queixa n.º 829/1998.

obtivessem garantias de que a mesma não seria executada<sup>2573</sup>. Note-se que a questão deixou de se reportar ao modo de execução da pena, passando a tratar-se de uma proibição por aplicação dessa pena em si. Este raciocínio vale, porém, apenas para os Estados que aboliram tal pena<sup>2574</sup>.

#### 4.1.3. Constituição Portuguesa

Denota-se uma evolução do direito internacional dos direitos humanos no sentido de começar a abranger a proteção do estrangeiro em contexto de imigração também quando está em causa diretamente o bem *vida*. Nesse contexto a CDFUE oferece, atualmente, o nível de proteção mais elevado, por proibir expressamente, no art. 19.º, n.º2, a expulsão de estrangeiros em caso de aplicação de pena de morte<sup>2575</sup>. Se, como vimos, a CRP dispõe de semelhante proteção para os casos de extradição, ela deverá ser estendida também aos casos de expulsão, em respeito pelo princípio da abertura do catálogo de direitos fundamentais aos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos<sup>2576</sup>.

### 4.2. DIREITO DA CRIANÇA À PROTEÇÃO DO ESTADO

Outra tendência que se tem vindo a desenhar em várias instâncias de proteção dos direitos humanos tem sido a de reconhecimento de direitos de imigração por força da *proteção da criança*. Neste contexto há que ter em conta que as crianças beneficiam dos direitos universalmente reconhecidos a todas as pessoas, mas podem ainda invocar uma necessidade de proteção especial no que toca à efetivação desses direitos devido à sua condição de *criança*<sup>2577</sup>.

#### 4.2.1. As duas vias de proteção da criança

A consideração da condição da criança como sujeito merecedor de tutela especial é levada a cabo através de duas formas distintas: em primeiro lugar, através da consideração do seu “superior interesse”, como *critério* de decisão, e, em segundo lugar, através do direito da criança à proteção do Estado, como *direito* que pode fazer surgir direitos derivados de imigração.

A proteção da criança manifesta-se, desde logo, no que respeita à tomada em consideração do seu “superior interesse”. Nos termos do art. 3.º da CDC, o superior interesse da criança deve ser a consideração primordial em todas as ações que envolvam crianças. Ora, apesar de este princípio não constar do catálogo da maior parte dos instrumentos de proteção dos

---

<sup>2573</sup> V., ainda, a dec. de 04/11/1997, *T. c. Austrália*, queixa n.º 706/1996.

<sup>2574</sup> ROBERT KOLB, “La Jurisprudence Internationale...”, p. 267.

<sup>2575</sup> V., *supra*, ponto 1.3. do presente capítulo.

<sup>2576</sup> V., *supra*, ponto 1.4.1. do presente capítulo.

<sup>2577</sup> DAVID B. THRONSON, “Kids Will Be Kids?...”, p. 989.

direitos humanos, tem vindo a ser referido pelas várias instâncias como um princípio que, em geral, deve pautar as decisões em matéria de imigração quando estão envolvidos menores. As decisões em matéria de imigração estão, obviamente, abrangidas pelo art. 3.º da CDC: quer digam respeito à imigração da própria criança, quer à imigração de outras pessoas, se puderem afetar o seu superior interesse.

Como já se referiu, não é fácil determinar qual o conteúdo do “superior interesse da criança”<sup>2578</sup>. Não obstante, em matéria de imigração, tem-se considerado que ele corresponde, de forma generalizada, ao direito de manter contacto com ambos os progenitores<sup>2579</sup>. Neste ponto, pois, o princípio do superior interesse da criança funciona como mais um elemento a favor da proteção do direito à unidade familiar. O interesse da criança pode atuar duplamente nestes casos: no sentido de evitar a expulsão dos pais<sup>2580</sup>, garantindo aos mesmos um direito a permanecer no território, e no sentido de considerar a criança como um *ator* que pode pedir o reagrupamento familiar do resto da família<sup>2581</sup>. Trata-se, na segunda hipótese, de uma mudança da perspetiva tradicional, em que a imigração é centralizada no adulto, estando a criança dependente de um progenitor, e sendo o seu estatuto derivado do estatuto deste<sup>2582</sup>. Neste contexto, a garantia do superior interesse da criança pode constituir, desde logo, e como já vimos ser acolhido na jurisprudência internacional, um *critério de decisão* que contribui para a proteção da unidade familiar<sup>2583</sup>. Mas mais. De acordo com o Comité dos Direitos da Criança das Nações Unidas, pode fundar um direito subjetivo<sup>2584</sup>: por exemplo, um direito subjetivo da criança a não ser separada e/ou a manter contacto com ambos os progenitores<sup>2585</sup>.

Não obstante, a doutrina e jurisprudência de alguns Estados-Membros da UE têm evoluído no sentido de considerar que, fora do contexto da proteção da unidade familiar, a proteção da criança pode, em si, constituir um direito autónomo que fundamente um direito derivado de imigração *da própria criança*, em atenção às oportunidades de educação e futuro que a residência num determinado país lhe proporciona<sup>2586</sup>. Neste contexto, merece referência a jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol que decidiu anular a ordem de expulsão de menores não acompanhados, invocando o interesse superior do menor em decidir sobre o seu futuro<sup>2587</sup>. Isso sucederá por força da segunda via da proteção da criança, através de um *direito autónomo da criança à proteção do Estado* para onde a mesma pretende imigrar ou permanecer. Esse direito encontra-se previsto, desde logo, no art. 20.º da CDC, que dispõe que «a criança temporária ou definitivamente privada do seu ambiente familiar ou

---

<sup>2578</sup> V., *supra*, ponto 2.3.2. do presente capítulo.

<sup>2579</sup> Assim, FABRICE LANGROGNET, “L’Intérêt Supérieur de l’Enfant...”, p. 1133.

<sup>2580</sup> JACQUELINE BHABHA, “Children, Migration...”, p. 212.

<sup>2581</sup> Sobre este ponto, v. DAVID B. THRONSON, “Kids Will Be Kids?...” p. 992. No entanto, este direito não se encontra previsto nas legislações internas da maior parte dos Estados. V., sobre este aspeto, do mesmo autor, “You Can’t Get Here from Here...”, p.69 e ss.

<sup>2582</sup> ANN LAQUER ESTIN, “Families and Children in International Law...”, p. 299, DAVID B. THRONSON, “You Can’t Get Here from Here...”, p.68.

<sup>2583</sup> V., no que toca à jurisprudência do TEDH, *supra*, ponto 2.2.4. do presente capítulo.

<sup>2584</sup> O art. 3.º da CDC possui, para o referido Comité, um triplo significado: um direito, um princípio jurídico interpretativo e uma regra de procedimento. Cf. Comité dos Direitos da Criança, Comentário Geral n.º 14, *On the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration*, 29/05/2013.

<sup>2585</sup> FABRICE LANGROGNET, “L’Intérêt Supérieur de l’Enfant...”, p. 1133.

<sup>2586</sup> DAVID B. THRONSON, “Kids Will Be Kids?...” p. 990.

<sup>2587</sup> *Sentencias* do Tribunal Constitucional Espanhol ns.º 173/2008, 183/2008, 184/2008, de 22/02/2008.

que, no seu interesse superior, não possa ser deixada em tal ambiente tem direito à proteção e assistência especiais do Estado». Por seu turno, a Carta Social Europeia Revista estabelece, no art. 7.º, os vários compromissos que os Estados-Parte assumem «com vista a assegurar o exercício efetivo do direito das crianças e dos adolescentes à proteção».

Ora, no quadro da imigração, o direito da criança à proteção do Estado pode ter importantes implicações no que respeita, desde logo, ao tratamento das crianças não acompanhadas. Se isso for exigido pelo seu superior interesse, o referido direito à proteção pode exigir que o Estado permita a sua estadia no país, acompanhada de adequadas medidas de proteção<sup>2588</sup>. Normalmente, os casos de crianças desacompanhadas são tratados no contexto dos refugiados ou requerentes de asilo<sup>2589</sup>. No entanto, não têm de coincidir necessariamente com essas situações. De facto, a expressão “menores não acompanhados” é utilizada para descrever as pessoas com menos de 18 anos de idade que entram no território não acompanhadas por um adulto que seja responsável por elas no Estado recetor<sup>2590</sup>. As razões pelas quais uma criança se pode encontrar sozinha, num país que não o da nacionalidade podem ser variadas e complexas. Para além das crianças que são “imigrantes forçados”, muitas imigram sozinhas por vontade própria ou dos pais / familiares, em busca de melhores condições de vida, sejam laborais, sejam de instrução, ou ficam no país onde residiam com os familiares estrangeiros e onde porventura nasceram<sup>2591</sup>. A sua natureza de sujeito carecido de proteção especial (sem esquecer a sua consideração como sujeito autónomo e cuja participação deve ser sempre assegurada<sup>2592</sup>) pode ter implicações no que respeita a direitos de imigração.

Vejamos brevemente como é que a necessidade de proteção especial da criança, nas suas várias formas, tem sido tida em conta pelas várias instâncias decisórias.

---

<sup>2588</sup> Essa proteção é expressamente concedida às crianças refugiadas, no art. 22.º da CDC. No entanto, consideramos que tal proteção deverá ainda derivar para crianças desacompanhadas que não tenham o estatuto de refugiadas, através do referido art. 20.º. Para um elenco de várias medidas existentes em direito internacional dos direitos humanos e com relevância para a proteção de crianças no presente contexto, v. JACQUELINE BHABHA, “More than their Share of Sorrows...”, p. 256 e ss.

<sup>2589</sup> Sobre o tratamento de menores não acompanhados requerentes de asilo ou de outro tipo de proteção internacional, v. EEVA NYKÄNEN, “Protecting Children?...”, p. 315 e ss., JACQUELINE BHABHA, “More than their Share of Sorrows...”, p. 266 e ss.

<sup>2590</sup> AGÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA PARA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS & CONSELHO DA EUROPA, *Manual de Legislação Europeia...*, p. 229.

<sup>2591</sup> DAVID B. THRONSON, “Kids Will Be Kids?...”, p. 998, JACQUELINE BHABHA, “The «Mere Fortuity of Birth»?...” p. 195.

<sup>2592</sup> Art. 12.º da CDC. A CDC reconhece o papel da criança na determinação de qual será o seu melhor interesse.

#### 4.2.2. Jurisprudência dos órgãos de garantia da CEDH

##### a) *Unidade familiar*

Apesar de a CEDH não mencionar a garantia da proteção do melhor interesse da criança<sup>2593</sup>, os órgãos de garantia têm usado esse critério de decisão em várias matérias, nomeadamente em questões de imigração<sup>2594</sup>.

Nem sempre assim foi. No caso *Sorabjee c. Reino Unido*, a antiga ComEDH declarou inadmissível uma queixa apresentada por uma menor, de nacionalidade britânica, referente à expulsão da mãe para o Quênia<sup>2595</sup>. No mesmo sentido, no caso *Poku c. Reino Unido*, a ComEDH considerou que a expulsão do Reino Unido da mãe de crianças de nacionalidade britânica não violava o art. 8.º, mesmo implicando que as crianças, de tenra idade, fossem expulsas para o país de origem da mãe (Gana) onde não teriam acesso ao direito à educação e saúde nas condições oferecidas no seu país natal<sup>2596</sup>.

Mais tarde, o TEDH passou a referir-se à CDC como instrumento de apoio para a interpretação da CEDH, dando relevância ao critério da proteção do superior interesse da criança<sup>2597</sup>. A consideração desse interesse superior é levada a cabo tanto nos casos em que as crianças são afetadas pelas medidas tomadas em relação aos seus progenitores, como quando as crianças são, elas próprias, objeto da medida estadual<sup>2598</sup>. Nos acima estudados casos *Sen, Rodrigues da Silva*, entre outros, foi relevante para o juízo do TEDH a tomada em consideração do interesse dos filhos menores residentes no país de acolhimento<sup>2599</sup>. O interesse superior e o bem-estar das crianças envolvidas constituem ainda fatores de ponderação nos casos de expulsão de membros da família, enumerados expressamente desde o Acórdão *Üner*. No caso *Nunez*<sup>2600</sup>, o TEDH sublinhou inclusivamente que, em conformidade com o art. 3.º da CDC, o interesse superior da criança deveria ser a consideração primordial em todas as decisões tomadas por autoridades públicas. Estando em causa a expulsão da mãe de duas crianças que tinham nascido e vivido na Noruega, o TEDH teve em consideração os laços existentes entre as crianças e a mãe, a decisão de atribuir guarda ao pai, a angústia que as crianças tinham experienciado, e o tempo que as autoridades tinham

---

<sup>2593</sup> A ausência de referência ao interesse superior da criança tem, aliás, sido apontada por vários autores como um «paradoxo» da CEDH em matéria de proteção à vida familiar. V. FRANÇOISE DEKEUWER-DÉFOSSÉZ, “Conclusions...”, p. 402.

<sup>2594</sup> Sobre a jurisprudência do TEDH sobre a proteção do melhor interesse da criança, em geral, v. DONNA GOMIEN, “State Powers and the best interest of the Child...”, p. 435 e ss., URSULA KILKELLY, *The Child and the European Convention...*, EEVA NYKÄNEN, “Protecting Children?...”, p. 325 e ss., LUCILE COUTURIER-BOURDINIÈRE, “La Convention Européenne...”, p. 534 e ss. e IRENEU CABRAL BARRETO, “Os direitos da criança na Convenção...”, p. 75 e ss.

<sup>2595</sup> Dec. de 23/10/1995, *Sorabjee c. Reino Unido*, queixa n.º 23938/94.

<sup>2596</sup> Dec. de 15/05/1996, *Poku c. Reino Unido*, queixa n.º 26985/95.

<sup>2597</sup> V., por ex., a dec. de 21/09/2001, *Havelka e outros c. República Checa*, queixa n.º 23499/06, e dec. de 18/03/2009, *Saviny c. Ucrânia*, queixa n.º 39948/06.

<sup>2598</sup> Em sentido contrário, criticando a jurisprudência do TEDH, que considera demasiado «adultocêntrica», por encarar a unidade familiar apenas sob a perspetiva dos pais, JACQUELINE BHABHA, “The «Mere Fortuity of Birth»?...” p. 202.

<sup>2599</sup> V. *supra*, ponto 2.2.4. do presente capítulo.

<sup>2600</sup> Dec. de 28/06/2011, *Nunez c. Noruega*, queixa n.º 55597/09.

levado para tomar a decisão de expulsão, concluindo que as medidas de expulsão e de interdição de entrada no território durante anos teriam um impacto excessivamente negativo na vida das crianças. Por seu turno, no caso *Mubilanzila* o TEDH tomou em consideração a situação de especial vulnerabilidade da recorrente, derivada da sua menoridade, para considerar ter existido violação do art. 3.º e do art. 8.º da CEDH no caso de detenção da mesma seguida de devolução ao país de origem<sup>2601</sup>. Neste último aresto, foram várias as referências feitas à necessidade de respeito pelos direitos das crianças e à CDC. O TEDH deu assim sinais de entender que os menores não deveriam ser tratados como quaisquer estrangeiros, beneficiando de necessidade de proteção reforçada<sup>2602</sup>. Por fim, mais recentemente, o TEDH sublinhou que o superior interesse da criança deveria ser tido como o interesse primacial a ter em conta, pelo que uma decisão de expulsão de um progenitor que não ponderasse a mesma violava o art. 8.º<sup>2603</sup>. Sublinhou, contudo, que esse interesse não seria o *único* a ter em conta<sup>2604</sup>.

Assim, em alguns casos o TEDH começou já a encarar o direito ao respeito pela vida familiar sob a perspetiva da criança, afastando, pois, algumas críticas doutrinárias que se faziam ouvir neste contexto<sup>2605</sup>. Ainda assim, na literatura mais recente permanecem críticas sobre a suficiência dessa proteção<sup>2606</sup>. Ora, de facto, nem sempre a tomada em consideração do interesse da criança é levada às últimas consequências. Assim, no caso *Antwi*, não foi considerado o interesse da menor, nacional da Noruega e que sempre havia residido nesse país, para evitar a expulsão do pai para o país de origem (Gana)<sup>2607</sup>. De facto, o direito - garantido de forma absoluta pela própria CEDH - de ninguém ser expulso do seu próprio país, não abarca, de acordo com a atual jurisprudência do TEDH, a possibilidade de um menor evitar a expulsão dos progenitores (ou cuidadores) para gozar do direito de permanecer no seu próprio país<sup>2608</sup>.

Por outro lado, importa sublinhar que a proteção conferida pelo TEDH no que toca à unidade familiar entre pais e filhos não é totalmente compatível com a CDC. Vejamos porquê. O art. 9.º da CDC, que prevê o direito à não separação entre pais e filhos, estabelece, como única possibilidade de restrição deste direito, a própria salvaguarda do interesse do menor<sup>2609</sup>. Ora, o n.º 2 do art. 8.º da CEDH prevê, como se viu, outras possibilidades de restrição, assentes em valores e interesses públicos diversos. O art. 3.º da CDC, por seu turno, também não prevê a possibilidade de restrição por motivos de ordem pública<sup>2610</sup>. Assim, uma medida que, embora quebre a unidade familiar, seja considerada legítima à luz do n.º 2

<sup>2601</sup> Dec. de 12/10/2006, *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Bélgica*, queixa n.º 13178/03.

<sup>2602</sup> Nesse sentido, BENEDICTE MASSON, “Un Enfant n’est pas un Étranger...”, p. 825.

<sup>2603</sup> Dec. de 03/10/2014, *Jeunesse c. Holanda*, queixa n.º 12738/10

<sup>2604</sup> Dec. de 02/04/2015, *Sarközi e Mahran c. Áustria*, queixa n. 27945/10.

<sup>2605</sup> SYLVIE SAROLEA afirma que a análise do TEDH não é perspectivada do ponto de vista do menor. Assinala ainda que os menores são penalizados por facto que apenas é imputado aos pais, nos casos em que aqueles têm de abandonar o território para seguirem os progenitores a quem foi aplicada uma pena de expulsão. Cf. “L’enfant et le regroupement...”, p. 199.

<sup>2606</sup> V. o recente artigo de CIARA SMYTH, “The Best Interests of the Child...”, p. 70 e ss. A autora considera que o TEDH continua a não conferir o peso exigido pela CDC ao princípio do superior interesse da criança.

<sup>2607</sup> Dec. de 14/02/2012, *Antwi c. Noruega*, queixa n.º 26940/10.

<sup>2608</sup> Assim, também, PIETER BOELES, MAARTEN DEN HEIJER, GERRIE LODDER & KEES WOUTERS, *European Migration Law...*, p. 232.

<sup>2609</sup> Sobre este aspeto v., *supra*, ponto 2.3.2. do presente capítulo.

<sup>2610</sup> V., sobre este ponto, FABRICE LANGROGNET, “L’Intérêt Supérieur de l’Enfant...”, p. 1139.

do art. 8.º da CEDH pode, ainda assim, ser considerada ilegítima à luz da CDC, por não salvaguardar o superior interesse da criança.

*b) Direito da criança à proteção do Estado*

Algumas decisões, que analisaremos de seguida, são mais demonstrativas de uma perspetiva autónoma da posição da criança, e do reconhecimento de um direito desta à proteção do Estado em contexto de imigração.

Uma proteção autónoma da criança foi primeiramente negada no caso *Nsona*. Nesse caso, o TEDH apreciou a situação de uma criança de nove anos, a quem havia sido negada a entrada na Holanda, o que implicou a sua separação da única pessoa que estaria disposta a cuidar da mesma. A criança foi reenviada para o país de origem, tendo feito parte da viagem sozinha. O TEDH analisou se a sujeição da criança à viagem de regresso, desacompanhada e sem existirem garantias de que haveria alguém no país de origem disposta a recebê-la e a cuidar dela, seria um tratamento contrário ao art. 3.º. O TEDH considerou que as circunstâncias do caso não atingiam o grau de gravidade suficiente para serem consideradas um tratamento desumano ou degradante<sup>2611</sup>.

Não obstante, mais recentemente, o TEDH tem mudado esta abordagem para uma perspetiva que encara as crianças como merecedoras de especial proteção. No caso *Jakupovic*, o TEDH afirmou que eram necessárias razões muito fortes para justificar a expulsão de um jovem de 16 anos, sozinho, para um país onde existia um conflito armado e onde o mesmo não possuía familiares próximos<sup>2612</sup>. Neste caso foi determinante para a decisão a idade do expulsando. O caso *Maslov*<sup>2613</sup>, referente a uma medida expulsão de um menor do país onde o mesmo residia desde os seis anos de idade, acrescida de uma interdição de entrada por dez anos, seguiu esta linha de orientação. O TEDH sublinhou a importância da tomada em consideração da idade do recorrente, que funcionaria como um *critério primordial nestes casos*. Neste contexto, o TEDH referiu a necessidade de se ter em consideração o interesse superior da criança, tal como consagrado no art. 3.º da CDC, nos seguintes termos: «*pour la Cour, lorsque les infractions commises par un mineur sont à l'origine d'une interdiction de séjour, il y a lieu de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant*». Nesse contexto, afirmou que a tomada em consideração do superior interesse da criança teria sempre lugar, quer se se tratasse de expulsão de pessoas de quem a mesma seria dependente, quer se se tratasse da expulsão da própria criança. Nos casos de expulsões de menores delinquentes, esse interesse exigiria que se facilitasse a reintegração social da criança, como prevê o art. 40.º dessa Convenção, a qual seria impedida se os laços familiares e sociais fossem rompidos devido à expulsão da mesma. Assim, a obrigação de facilitar a reintegração dos menores estrangeiros, em atenção ao seu superior interesse, foi eleito o critério de decisão primordial do TEDH. Nesse sentido, referiu que apenas razões muito fortes poderiam justificar a expulsão de um menor<sup>2614</sup>. Tendo em

---

<sup>2611</sup> Dec. de 28/12/1996. Para uma análise crítica, nomeadamente em face da CDC, v. URSULA KILKELLY, “*Nsona v. the Netherlands...*”, p. 340 e ss. e EEVA NYKÄNEN, “*Protecting Children?...*”, p. 337.

<sup>2612</sup> Dec. de 06/02/2003, *Jakupovic c. Áustria*, queixa n.º 36757/97. Sobre este caso, v. PIERRE-FRANÇOIS DOCQUIR, “*Droit à la Vie Privée...*”, p. 946.

<sup>2613</sup> Dec. de 23/06/2008, *Maslov c. Áustria*, queixa n.º 1638/03.

<sup>2614</sup> Esta jurisprudência foi posteriormente seguida na dec. de 23/09/2010, *Bousarra c. França*, queixa n.º 25672/07 e a dec. de 20/09/2011, *AA. c. Reino Unido*, queixa n.º 8000/08.

conta os vários fatores em análise, o TEDH concluiu, no caso *Maslov*, que a expulsão do recorrente havia constituído uma violação do art. 8.º da CEDH.

Desta jurisprudência alguns autores retiram que, para o TEDH, existe uma presunção a favor dos menores, sendo muito difícil para os Estados demonstrar que a aplicação de uma medida de expulsão é necessária numa sociedade democrática<sup>2615</sup>. Com efeito, esta jurisprudência demonstrou que, no que toca à aplicação de medidas de expulsão a menores, a margem de apreciação dos Estados é bastante mais diminuída.

Note-se, porém, que nestes casos, o interesse superior da criança funcionou como um critério de decisão, e não como um direito garantido *a se*<sup>2616</sup>. Ora, na falta de uma disposição específica na CEDH que garanta um direito da criança à proteção do Estado, esse direito nunca poderá ser considerado de forma isolada, já que o TEDH tem sempre de alicerçar o seu juízo na violação de uma disposição concreta da CEDH. Não obstante, não podemos deixar de sublinhar a existência de uma proteção acrescida do estrangeiro-criança, que tem a sua justificação profunda no direito da criança à proteção do Estado<sup>2617</sup>. Neste seguimento, veja-se a opinião do juiz SCHEMERS no caso *Lamguinda*<sup>2618</sup>: «By admitting aliens to their territory States inevitably accept at least some measure of responsibility. This responsibility weighs even more heavily in the case of children educated in their territory. (...) Even independent of human rights considerations, I doubt whether modern international law permits a State which has educated children of admitted aliens to expel these children when they become a burden. Shifting this burden to the State of origin of the parent is no longer so clearly acceptable under modern international law. It is at least subject to doubt whether a host country has the right to return those immigrants who prove to be unsatisfactory». A posição deste juiz é bastante interessante, embora pareça alicerçar-se não apenas na proteção da criança, mas também numa conceção de solidariedade e mútua responsabilização entre os Estados.

Por fim, cabe ainda referir o caso *Osman c. Dinamarca*, em que o TEDH analisou a recusa de reagrupamento familiar de um estudante adolescente de nacionalidade somali, que havia residido vários anos com a família na Dinamarca, mas se tinha ausentado durante dois anos para cuidar a tempo inteiro da avó, que se encontrava num campo de refugiados no Quênia. O TEDH considerou que a decisão de recusa das autoridades dinamarquesas havia constituído uma violação do art. 8.º da CEDH. Foi decisivo o facto de as mesmas não terem tido em consideração o superior interesse da menor<sup>2619</sup>.

Por fim, numa decisão recente, o TEDH sublinhou que os Estados têm a responsabilidade de cuidar dos menores não acompanhados e de não os abandonar quando os libertam da detenção<sup>2620</sup>. Nesta decisão acaba por se reconhecer, de certa forma, o dever dos Estados à proteção dos menores imigrantes.

---

<sup>2615</sup> GAUTHIER DE BECO, “Quels Critères pour l’Expulsion...”, p. 452. O autor refere, inclusivamente, que o TEDH colocou no mesmo pé de igualdade os menores delinquentes estrangeiros com os nacionais, encarando-os, primeiro que tudo, como “menores”, e não como “estrangeiros”.

<sup>2616</sup> Sobre este ponto, v. THIERRY MOREAU, “Le Mineur Étranger...”, p. 457.

<sup>2617</sup> Neste sentido, RAPHAËL DÉCHAUX refere que a fonte das obrigações positivas quando está em causa um menor não é apenas a unidade familiar, mas também o interesse superior da criança. Cf. “Le Droit au Regroupement...”, p. 246.

<sup>2618</sup> Dec. de 28/06/1993, *Lamguinda* c. Reino Unido, queixa n.º 16152/90.

<sup>2619</sup> Dec. de 14/06/2011, *Osman c. Dinamarca*, queixa n.º 38058/09.

<sup>2620</sup> Dec. de 05/04/2011, *Rahimi c. Grécia*, queixa n.º 8687/08.



#### 4.2.3. Comité Europeu dos Direitos Sociais

O Comité Europeu dos Direitos Sociais já salientou que a proteção das crianças pelo Estado e as restrições ditadas pela política de imigração devem ser conciliadas<sup>2621</sup>.

#### 4.2.4. Comité dos Direitos da Criança

Por seu turno, no Comentário Geral n.º 6, o Comité dos Direitos da Criança observou que as obrigações derivadas dos art. 9.º e 10 da CDC são relevantes sempre que o reagrupamento familiar no país de origem da criança não corresponder ao seu superior interesse. O Comité sublinhou expressamente que interesses não baseados na salvaguarda de direitos, tais como os fundamentados no interesse geral da imigração, não podem superar a salvaguarda do interesse da criança<sup>2622</sup>.

#### 4.2.5. Direito da UE

##### *a) Carta dos Direitos Fundamentais da UE*

A CDFUE contém várias disposições que versam especificamente sobre os direitos da criança. CLARE MCGLYNN refere que esse é o caso, desde logo, do art. 21.º, que proíbe a discriminação com base em vários motivos, entre os quais se conta a idade, o que, no entender da autora, acarreta a consequência de se encarar a criança como um sujeito que beneficia de direitos próprios, independentes dos reconhecidos aos pais<sup>2623</sup>. A Carta consagra, porém, uma disposição autónoma destinada à proteção dos direitos da criança. A autonomização dos direitos da criança tem um especial simbolismo que, como refere ROSA CÂNDIDO MARTINS, radica na «hodierna perceção da criança, já não como “*objeto de proteção*” nem como “*sujeito de direitos*”, mas sim como “*sujeito igual e privilegiado*”»<sup>2624</sup>. Trata-se do art. 24.º, que se inspirou e reproduz alguns dos direitos da CDC<sup>2625</sup>. Assim, também aqui se refere que o superior interesse da criança deve ser a consideração primordial em todas as decisões que a afetem. O comentário da Rede Europeia de Peritos Independentes em Direitos Fundamentais refere que o mesmo deve ser tido em conta, em especial, em matéria de imigração<sup>2626</sup>. Não se trata, de resto, de qualquer interesse, mas do seu melhor interesse. Ora, esta centralidade – e primazia – dada ao melhor interesse da criança, significa não só o

---

<sup>2621</sup> Dec. de 20/10/2009, *Defence for Children International c. Holanda*, queixa n.º 47/2008.

<sup>2622</sup> Comentário Geral n.º 6, *Treatment of unaccompanied and separated Children outside their country of origin*, 01/09/2005.

<sup>2623</sup> CLARE MCGLYNN, “Families and the European Union...”, p. 594. Em sentido semelhante, ROSA CÂNDIDO MARTINS, “Art. 24º - Direitos das Crianças...”, p. 298.

<sup>2624</sup> ROSA CÂNDIDO MARTINS, “Art. 24º - Direitos das Crianças...”, p. 299.

<sup>2625</sup> ADELINE GOUTTENNOIR, “Article II – 84 ...”, p. 333.

<sup>2626</sup> EU NETWORK OF INDEPENDENT EXPERTS ON FUNDAMENTAL RIGHTS, *Commentary of the Charter...*, p. 212.

reconhecimento da mesma como um sujeito de direitos com a sua própria dignidade, mas ainda que a menoridade é um valor em si mesmo carecido de proteção.

Neste seguimento, o art. 24.º consagra o direito das crianças à proteção do Estado, bem como os seus direitos de autonomia e o direito a manter uma relação com ambos os pais. Como refere ROSA CÂNDIDO MARTINS, a consagração deste direito é um reflexo da consideração da criança como ser humano especialmente vulnerável com necessidades específicas<sup>2627</sup>.

*b) Jurisprudência do TJ*

A jurisprudência do TJ também já se tem referido à proteção dos direitos da criança para efeitos de reconhecimento de direitos derivados à permanência no território. Apesar de esses casos terem sido emanados no contexto da cidadania da UE, afigura-se importante uma breve referência aos mesmos, para se demonstrar de que forma o TJ tem concedido proteção a crianças em contexto de mobilidade.

No caso *Chen*, o TJ reconheceu a uma nacional de país terceiro o direito de residir no Reino Unido, para poder cuidar da filha, de nacionalidade irlandesa, pois essa seria a única forma de a criança poder residir nesse território, e exercer o seu direito de livre circulação<sup>2628</sup>. Assim, o TJ protegeu claramente o direito à unidade familiar perspetivando-o através do direito da criança a circular no espaço europeu e a manter contacto com o progenitor. No mesmo sentido, no caso *Baumbast*, o TJ reconheceu o direito de uma nacional de país terceiro a permanecer no território para poder cuidar da filha de um cidadão de Estado-Membro aí residente, e que se encontrava a gozar do direito à educação<sup>2629</sup>. Nestes dois casos, pois, foi o direito de livre circulação de que os menores eram titulares que suportou direitos de imigração dos progenitores. No caso *Zambrano*, o TJ considerou que a recusa de permanência dos pais colombianos de crianças de nacionalidade belga no país dos filhos teria por efeito privar as crianças do «gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo seu estatuto de cidadão da União», no caso, o de residir no país da nacionalidade, já que seriam obrigados a «deixar o território da União para seguir os seus progenitores»<sup>2630</sup>. Apesar de estar primordialmente em causa o direito de os cidadãos da UE circularem e residirem nos Estados-Membros, a consideração do interesse superior da criança foi também importante para o juízo alcançado, tendo o TJ feito referência expressa ao art. 24.º da CDFUE. Mas mais. Contrariamente ao TEDH, o TJ demonstrou que se devia proteger o direito de residência da criança no território, e que esse direito era fator suficiente para obstar à expulsão dos progenitores.

Finalmente, no caso *O. e S.*, o TJ sublinhou que, no âmbito de aplicação da Diretiva 2003/86, os pedidos de reagrupamento familiar devem ser examinados à luz dos interesses dos menores afetados e em favorecimento da vida familiar<sup>2631</sup>. Nesse sentido, afirmou que o art. 7.º da Carta deve ser lido em conjugação com a obrigação de tomar em consideração o interesse superior da criança, reconhecido no art. 24.º, e tendo em conta a necessidade de a

---

<sup>2627</sup> ROSA CÂNDIDO MARTINS, “Art. 24º - Direitos das Crianças...”, p. 307.

<sup>2628</sup> Ac. de 19/10/2004, *Chen*, proc. n.º 200/02.

<sup>2629</sup> Ac. de 17/09/2002, *Baumbast*, proc. n.º C- 413/99 .

<sup>2630</sup> Ac. de 08/03/2011, *Zambrano*, proc. C-34/09. No caso, o TJ teve em consideração o art. 20.º, n.º2 do TFUE, que garante não só um direito de circular, mas também de residir livremente no território dos Estados-Membros da UE. Sobre este aspeto v. STEPHEN LEGOMSKY, “Rationing Family Values...”, p. 829 e ss.

<sup>2631</sup> Ac. de 60/12/2012, *O. e S.*, proc. n.º C-356/11 e C-357/11.

criança manter regularmente relações pessoais com ambos os progenitores, expressa no n.º 3 do mesmo artigo.

*c) Direito derivado*

São, por fim, várias as manifestações relativas à proteção específica da criança nos instrumentos destinados ao desenvolvimento de uma política de imigração comum.

O preâmbulo da Diretiva do Retorno estabelece que «em consonância com a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 1989, o “interesse superior da criança” deverá constituir uma consideração primordial dos Estados-Membros» na aplicação da Diretiva (considerando n.º 22). Esse princípio é repetido no art. 5.º, podendo considerar-se que a salvaguarda da proteção do superior interesse da criança pode constituir um dos motivos que determinam a concessão de uma autorização de residência por motivos humanitários, nos termos do art. 6.º, n.º 4. Por seu turno, nos termos do n.º 2 do art. 10.º, antes de afastar um menor não acompanhado para fora do seu território, o Estado-Membro tem de garantir que o mesmo é entregue no Estado de regresso a um membro da sua família, a um tutor designado ou a uma estrutura de acolhimento adequada.

Por seu turno, são também várias as referências feitas pela Diretiva do Reagrupamento Familiar à necessidade de respeitar o interesse superior das crianças envolvidas. Este deve ser um fator a ter em conta em todas as decisões respeitantes à permissão de entrada ou expulsão de imigrantes no território<sup>2632</sup>.

#### **4.2.6. Constituição Portuguesa**

A proteção específica que os Estados devem às crianças, como seres humanos particularmente vulneráveis, pode consubstanciar não só um fator acrescido de proteção, que pese em favor do estrangeiro na ponderação com outros direitos fundamentais, como pode ainda, no nosso entender, constituir um fundamento autónomo de proteção de um direito derivado de imigração. Assim, uma criança que se encontre sozinha no território estadual, e no caso de se desconhecer o paradeiro dos seus familiares, de estes não estarem dispostos a recebê-la, ou de isso não salvaguardar o seu superior interesse, a criança pode ter um direito a entrar, a permanecer no território ou a obter um estatuto legal. Esse direito decorre do direito da criança à proteção do Estado, previsto na CDC e na CDFUE. O art. 69.º da nossa Constituição, que determina que «as crianças têm direito à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral», deve ser lido à luz destes instrumentos. Ele pode, assim, constituir a base para a afirmação de um direito fundamental de imigração, derivado da proteção constitucional da infância.

De facto, tem-se entendido que esta norma impõe correlativos deveres de prestação ao Estado, mas também um direito negativo das crianças a não serem abandonadas, discriminadas ou oprimidas<sup>2633</sup>. Uma leitura deste preceito à luz da CDC exige ainda que se encare a criança como pessoa em formação, um sujeito dinâmico, cujo desenvolvimento

---

<sup>2632</sup> Assim, o considerando n.º 11, e o art. 5.º, n.º 5.

<sup>2633</sup> J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, p. 869.

exige o aproveitamento de todas as suas virtualidades<sup>2634</sup>. Impõe ainda que as crianças sejam assim tratadas e protegidas independentemente da sua nacionalidade<sup>2635</sup>.

#### 4.2.7. Lei de Imigração Portuguesa

A atual lei de imigração prevê várias disposições que encontram a sua justificação precisamente no direito da criança à proteção do Estado.

Algumas dessas disposições destinam-se a regularizar o estatuto administrativo de crianças. Essa preocupação era já demonstrada pelo Decreto-lei n.º 244/98, de 8 de agosto, que previa a regularização do estatuto dos menores nascidos em Portugal, filhos de estrangeiros, e dos menores sujeitos a tutela (após a revisão do Decreto-lei n.º 4/2001). Como já se analisou, a atual lei prevê vários motivos de regularização do estatuto de imigrantes. Alguns dos casos têm subjacente, entre outros, o interesse de proteção da criança imigrante. Assim, o n.º 1, b) do art. 122.º, que determina que os menores aqui nascidos e que aqui se encontrem a frequentar a educação pré-escolar ou o ensino básico, secundário ou profissional, beneficiarão de autorização de residência<sup>2636</sup>. A al. e) prevê ainda a concessão de autorização de residência a menores obrigatoriamente sujeitos a tutela nos termos do Código Civil. A obtenção deste estatuto legal é importante para os menores poderem exercer os seus mais variados direitos, como os que se referem à saúde, educação e demais bens e serviços<sup>2637</sup>.

Nos casos de expulsão, são ainda várias as disposições que permitem ter em conta os interesses das crianças envolvidas. Desde logo, não podem ser expulsos de Portugal os estrangeiros que tenham filhos menores também estrangeiros, residentes em território português, e sobre os quais exerçam efetivamente as responsabilidades parentais. Tendo os menores nacionalidade estrangeira, o fundamento da proibição de expulsão assenta no seu interesse, nomeadamente no que toca à defesa da sua educação e sustento<sup>2638</sup>. Por outro lado, nos termos do art. 31.º, n.º 6, os menores desacompanhados só podem ser repatriados para o seu país de origem ou para país terceiro que esteja disposto a acolhê-los se existirem garantias de que à chegada lhes são assegurados o acolhimento e a assistência adequados.

---

<sup>2634</sup> *Ibidem*.

<sup>2635</sup> Assim, referindo-se em particular ao princípio da proibição da discriminação ínsito na CDC, FABIENNE JAULT-SESEKE, *Le Regroupement Familial...*, p. 30.

<sup>2636</sup> Este direito está dependente da frequência de estabelecimento de educação, podendo ser cancelado nos termos do n.º 5 e 6, se a criança deixar de frequentar o estabelecimento sem razão atendível. Assim, consideramos que tal direito é atribuído para proteção da criança, e não apenas do seu direito à educação, já que, se a mesma deixar de frequentar o estabelecimento *por motivos atendíveis*, a autorização de residência não é cancelada.

<sup>2637</sup> JÚLIO A. C. PEREIRA & JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *Direito de Estrangeiros...*, p. 413.

<sup>2638</sup> *Idem*, p. 475.

#### 4.2.8. Síntese Conclusiva

Em conclusão, os recentes desenvolvimentos do direito internacional de proteção dos direitos humanos e do direito europeu demonstram uma crescente tomada de atenção da criança imigrante. Essa preocupação revela-se por duas vias: em primeiro lugar, através da consideração do seu interesse superior como *critério de decisão*. O TEDH e o TJ têm já recorrido à proteção do interesse superior da criança como fator a ter em conta em qualquer decisão em matéria de imigração que possa ter repercussões em crianças. No entanto, não deixa de causar alguma dificuldade o facto de o superior interesse da criança ser, em concreto, ponderado com a conduta dos seus progenitores, que, por exemplo, podem justificar uma recusa de entrada ou uma decisão de expulsão<sup>2639</sup>.

Mas em segundo lugar, da CDC, da CDFUE, e ainda da CRP, deriva um *direito da criança à proteção do Estado*. Esse direito tem potencialidade para fundar um direito autónomo à imigração, naqueles casos em que, precisamente, uma criança reclame proteção do Estado. O TEDH, mesmo na falta de previsão de um direito expresso de proteção da criança, tem já vindo a decidir casos que, substancialmente, se alicerçam nessa ideia, embora necessite de recorrer a outros direitos que se encontrem expressamente previstos na CEDH, como o direito à vida privada ou a não ser sujeito a tratamentos desumanos ou degradantes.

Julgamos ser imperativo o desenvolvimento de uma conceção de proteção derivada de direitos de imigração por força do direito das crianças à proteção do Estado, em face do compromisso que os Estados assumiram, na CDC e na CDFUE, de tomar medidas destinadas à proteção de qualquer criança que se encontre sob a sua jurisdição.

#### 4.3. DIREITO À EDUCAÇÃO<sup>2640</sup>

Importa agora analisar algumas manifestações referentes à proteção de direitos de imigração por força do direito à educação.

##### 4.3.1. Jurisprudência dos órgãos de garantia da CEDH

O art. 2.º do Protocolo n.º 1 anexo à CEDH garante um direito à educação, que deve ser aplicado quer a nacionais quer a estrangeiros. No entanto, no caso *Foreign Students*, a ComEDH sublinhou que esse direito era independente do direito a permanecer no país, reforçando que o primeiro não protegia o segundo<sup>2641</sup>. Mais afirmou que nada impediria o estrangeiro de prosseguir o direito à educação num outro país onde pudesse ser admitido. Não obstante, a ComEDH não excluiu a possibilidade de a expulsão ser ilegítima se a

---

<sup>2639</sup> Dando igualmente conta deste aspeto, PIETER BOELES, MAARTEN DEN HEIJER, GERIE LODDER & KEES WOUTERS, *European Migration Law...*, p. 215.

<sup>2640</sup> Sobre o direito humano à educação, v. *inter alia*, RHONA K. M. SMITH, *Textbook on International Human Rights...*, p. 329 e ss., FREDERIC SUDRE, *Droit Européen...*, p. 519 e ss.

<sup>2641</sup> Dec. de 19/05/1977, *Foreign Students c. Reino Unido*, queixa n.º 7671/76 (e mais 12 queixas).

educação básica no país de origem fosse negada ao imigrante<sup>2642</sup>. Nesta ordem de ideias, JEAN-YVES CARLIER parece defender que o direito à educação deveria sustentar a proteção derivada de direitos de imigração nos casos em que o mesmo não é garantido no país de origem<sup>2643</sup>.

No que toca ao reconhecimento da importância do direito à educação, importa mencionar o já referido caso *Tuquabo-Tekle*<sup>2644</sup>, referente ao reagrupamento de uma menor de 15 anos de idade, em que foi determinante para o TEDH o argumento de que, se o reagrupamento não fosse admitido, a mesma perderia a possibilidade de continuar os estudos, pois, de acordo com os costumes locais, abandonaria os mesmos para casar. Note-se, contudo, que esta argumentação foi apenas auxiliar, já que o TEDH se limitou a analisar o caso da perspetiva de violação do art. 8.º da CEDH.

#### 4.3.2. Direito da UE

No que toca ao direito da UE cabe mencionar a Diretiva 2004/114/CE do Conselho, de 13 de dezembro de 2004, que, *inter alia*, estabelece condições de admissão de nacionais de países terceiros para efeitos de estudos e de intercâmbio de estudantes. Discutimos na Parte I se decorreria desse instrumento um direito de imigração para efeitos de estudos. E, apesar de a Diretiva não ser clara, tendemos a concordar que esse é, de facto, o seu objetivo<sup>2645</sup>.

O objetivo da Diretiva enquadra-se no propósito da UE «em promover a Europa no seu conjunto, enquanto centro mundial de excelência para o ensino e a formação profissional» (considerando n.º 6). A Diretiva prevê a possibilidade de imigração para a UE para estudantes do ensino superior e do ensino secundário, bem como estagiários e voluntários. São condições gerais para a admissão dos estudantes, para além dos tradicionais requisitos relativos aos documentos de viagem válidos, seguro de doença e autorização parental. Os estudantes do ensino superior têm de ter sido previamente aceites na instituição respetiva, e de prestar prova de recursos suficientes. Os Estados podem, ainda, exigir provas de que os mesmos possuem conhecimentos suficientes da língua, do programa de estudos frequentado e de pagamento das propinas do mesmo (art. 7.º). Os estudantes do ensino secundário, por seu turno, devem ter a idade mínima e não exceder a idade máxima fixadas pelo Estado-Membro em causa, bem como apresentar prova da sua aceitação num estabelecimento de ensino secundário, da sua participação num programa reconhecido de intercâmbio de estudantes, e de que a respetiva organização se responsabiliza inteiramente pelos mesmos durante todo o período da estadia (em especial no que diz respeito às despesas de acomodação, de estudo, de saúde e de regresso). Por fim, necessitam de ser acolhidos por famílias que correspondam às condições fixadas pelo Estado-Membro (art. 9.º). O n.º 2 dá possibilidade de os Estados-Membros limitarem a admissão de estudantes do ensino secundário aos nacionais que sejam oriundos de países terceiros que ofereçam a mesma possibilidade aos seus próprios nacionais.

---

<sup>2642</sup> Assim, a decisão de admissibilidade de 04/07/1991 no caso *Fadele c. Reino Unido*, queixa n.º13078/87. V., ainda, HÉLÈNE LAMBERT, *The Position of Aliens...*, p. 44.

<sup>2643</sup> JEAN-YVES CARLIER, “L’Europe et les Étrangers...”, p. 274.

<sup>2644</sup> Dec. de 01/12/2005, *Tuquabo-Tekle e outros c. Holanda*. Cf. ponto 2.2.3. do presente capítulo.

<sup>2645</sup> V. Parte I, Capítulo III, ponto 2.1.1.

A proteção derivada de um direito de imigração por via do direito à educação é desenhada de forma limitada na Diretiva em causa. Apenas é prevista para estudantes a partir do ensino secundário. Depois, por períodos de tempo limitados (uma autorização de residência emitida para um estudante do ensino secundário não poderá exceder o período de um ano, nos termos do art. 13.º, e, para estudantes do ensino superior, será por um período igual ou superior a um ano, renovável). O acesso ao mercado de trabalho é limitado (art. 17.º), e não se prevê qualquer possibilidade de reagrupamento familiar.

Apesar de vários atos da UE preverem um direito à educação para aqueles que já residem no território<sup>2646</sup>, de outros instrumentos não se tem entendido decorrer a possibilidade de se reconhecer um direito de entrada ou permanência no território para exercício do direito à educação.

Por outro lado, a proposta inicial da Diretiva do Retorno mencionava que nos casos de proteção do direito à educação os Estados não deviam emitir uma decisão de retorno e, nos casos em que tal decisão tivesse sido emitida, a mesma deveria ser retirada<sup>2647</sup>. A redação final da Diretiva não menciona, porém, a necessidade de tomar em consideração o direito à educação, embora mencione, em geral, a tomada em consideração e a proteção do interesse superior do menor<sup>2648</sup>.

Assim, no que toca ao reconhecimento de um direito à educação, é ainda duvidoso que o mesmo se possa assumir isoladamente como um meio de reconhecimento derivado de um direito fundamental de imigração. Um estrangeiro não poderá, à partida, invocar o direito à educação ou ao ensino, ínsitos nos arts. 73.º e ss. da Constituição, para que lhe seja reconhecido um direito fundamental a entrar ou permanecer no território. Neste contexto julgamos que apenas existirá um simples direito subjetivo, dependente, à partida, de opções legislativas. Uma exceção a estas considerações poderá, contudo, ocorrer caso esteja em causa o direito da criança à proteção do Estado, por exemplo, nos casos em que a entrada ou permanência no território constituam a única forma para que a mesma possa beneficiar do direito à educação.

#### 4.4. DIREITO À PROTEÇÃO DO TRABALHADOR

Tem-se ainda discutido a eventualidade de o direito ao trabalho poder implicar a proteção derivada de direitos de imigração<sup>2649</sup>. No entanto, a doutrina majoritária tem negado essa possibilidade, referindo que tal reconhecimento implicaria o fim do *ius includendi et excludendi*<sup>2650</sup>. Semelhante direito não tem também recebido qualquer reconhecimento por parte das instâncias internacionais a que nos temos referido. A ComEDH afirmou que a CEDH não garantia o direito de estrangeiros obterem uma autorização de residência para efeitos de poderem trabalhar num dos Estados, mesmo nos casos em que o empregador é

---

<sup>2646</sup> Assim, o art. 14.º da Diretiva sobre o reagrupamento familiar, e o art. 11.º da Diretiva relativa ao estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duração.

<sup>2647</sup> COM (2005) 391, de 1/09/2005, art. 6.º, n.º4.

<sup>2648</sup> Art. 5.º da Diretiva 2008/115/CE.

<sup>2649</sup> Sobre o direito humano a trabalhar, v. *inter alia*, ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Direito Internacional...*, p. 177, RHONA K. M. SMITH, *Textbook on International Human Rights...*, p. 314 e ss.

<sup>2650</sup> JAMES A.R. NAFZIGER, “The General Admission...”, p. 821 e GERASSIMOS FOURLANOS, *Sovereignty and the Ingress...*, p. 65.

uma entidade religiosa<sup>2651</sup>. A mesma orientação foi seguida pelo TEDH no caso *El Majjaoui*<sup>2652</sup>.

Situação diferente é a do trabalhador que, após ter imigrado, pede proteção do Estado. O art. 8.º da Convenção n.º 97 da OIT sobre trabalhadores migrantes prevê, neste contexto, uma espécie de proteção derivada à permanência no território, em relação ao trabalhador que foi vítima de acidente ou de doença de trabalho no país de acolhimento. Esse direito derivado é também reconhecido aos membros da família respetiva<sup>2653</sup>. Por seu turno, o art. 8.º da Convenção n.º 143 da OIT dispõe que o trabalhador migrante não poderá ser considerado em situação ilegal ou irregular pela simples circunstância de desemprego, a qual, por si só, não deverá acarretar a revogação da sua autorização de residência, desde que tenha residido legalmente no país com o fim de trabalhar. Em sentido semelhante, também a Convenção Europeia de 1977 relativa ao estatuto jurídico do trabalhador migrante prevê, no art. 9.º, n.º4, que, se o trabalhador migrante deixar de trabalhar, quer por uma incapacidade temporária de trabalho resultante de doença ou acidente, quer por se encontrar em situação de desemprego involuntário, lhe deve ser permitido permanecer no território do país de acolhimento por um período nunca inferior a cinco meses<sup>2654</sup>.

Estas normas reconhecem, pois, um direito derivado à permanência no território por força da proteção do trabalhador.

Assim, uma leitura do art. 59.º da CRP à luz destas convenções internacionais, exige que se reconheça um direito a permanecer no território aos trabalhadores estrangeiros que se encontrem nas situações mencionadas.

#### 4.5. DIREITO À PROTEÇÃO DAS VÍTIMAS DE CERTOS CRIMES

Tem-se assistido ainda à afirmação da proteção das vítimas de certos crimes através de medidas de imigração. Estão nessa situação, desde logo, as vítimas de tráfico de seres humanos e de auxílio à imigração ilegal. Alguns instrumentos reconhecem deveres de proteção que podem incluir o dever de aceitar a permanência das mesmas no território dos Estados em que se encontrem.

No quadro da CEDH, tem-se considerado já que o art. 4.º, que proíbe a escravatura e os trabalhos forçados, pode exigir que os Estados tomem medidas para proteger as vítimas de

---

<sup>2651</sup> Dec. de 03/12/1996, *Hüsnü Öz c. Alemanha*, queixa n.º 32168/96.

<sup>2652</sup> Dec. de 20/12/2007, *El Majjaoui e outro c. Holanda*, queixa n.º 25525/03.

<sup>2653</sup> Nos termos dessa norma, «um trabalhador migrante que foi admitido a título permanente e os membros da sua família que foram autorizados a acompanhá-lo ou a juntar-se-lhe não poderão ser reenviados para os seus territórios de origem ou para o território donde emigraram, salvo se o desejarem ou se os acordos internacionais que obrigam o Membro interessado o previrem, quando, por motivo de doença ou de acidente, o trabalhador migrante se encontre na impossibilidade de exercer a sua profissão, na condição de a doença ou acidente ter ocorrido após a sua chegada».

<sup>2654</sup> Contudo, nos termos do n.º5, os Estados-Parte não são obrigados a permitir a permanência do trabalhador migrante por um período superior à duração do pagamento do subsídio de desemprego. Prevê-se ainda a possibilidade de restrição do direito à estadia, por razões de segurança nacional, de ordem pública ou de bons costumes ou saúde pública, ou ainda se não for preenchida uma condição indispensável à emissão ou revalidação da autorização de residência.



tráfico de seres humanos<sup>2655</sup>. Assim, o TEDH considerou que, no caso *Rantsev*, a Rússia tinha violado essa norma por não ter tomado as medidas necessárias para proteger uma vítima desse crime, o que levou a que a mesma tenha saído do território e morrido em Chipre<sup>2656</sup>. Assim, uma das medidas necessárias para a proteção destas vítimas pode ser o não exercício do *ius excludendi* e o reconhecimento de um direito derivado a permanecer no território.

Neste contexto, cabe mencionar a Convenção do Conselho da Europa relativa à luta contra o Tráfico de Seres Humanos<sup>2657</sup>, que determina que os Estados-Parte devem conceder às vítimas de tráfico um período de reflexão durante o qual não podem ser expulsas (art. 14.º). As Partes devem ainda adotar as medidas necessárias para auxiliar as vítimas na sua recuperação (art. 12.º). Uma medida de expulsão de uma vítima de tráfico afigurar-se-ia, à partida, contrária a este objetivo, pelo menos enquanto a mesma não se encontrasse recuperada.

Finalmente, merece ainda referência o art. 7.º do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças<sup>2658</sup>. Essa disposição insta os Estados-Membros a adotar medidas que permitam às vítimas de tráfico permanecer nos seus territórios, temporária ou permanentemente.

No direito da UE são também alguns instrumentos que preveem o tipo de proteção mencionado. Assim, a Diretiva 2004/81/CE do Conselho, relativa a um título de residência concedido aos nacionais de países terceiros que sejam vítimas de tráfico de seres humanos ou objeto de uma ação de auxílio à imigração ilegal prevê um prazo de reflexão durante o qual a vítima não pode ser expulsa. Por outro lado, exige a emissão de um título de residência para as pessoas que colaborem com as autoridades (art. 6.º e 8.º), que deve ter o prazo de duração mínimo de seis meses e ser renovável. Assim, esta Diretiva estabelece a obrigação de os Estados concederem autorizações de residência às vítimas dos crimes referidos, o que se traduz numa compressão do *ius includendi*. No entanto, apesar de se poder argumentar que, reflexamente, se pretende proteger vítimas dos crimes em análise, na verdade o objetivo geral da Diretiva insere-se na luta contra a imigração ilegal, sendo a proteção das vítimas e a concessão de direitos de imigração um instrumento mediato desse objetivo<sup>2659</sup> e, assim, apenas atribuído mediante condição de as mesmas cooperarem com as autoridades<sup>2660</sup>. Por fim, o art. 14.º, que menciona os casos em que o título de residência pode ser retirado, não

---

<sup>2655</sup> AGÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA PARA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS & CONSELHO DA EUROPA, *Manual de Legislação Europeia...*, p. 49.

<sup>2656</sup> Dec. de 07/01/2010, *Rantsev c. Chipre e Rússia*, queixa n.º 25965/04.

<sup>2657</sup> A Convenção foi assinada em Varsóvia, a 16 de maio de 2005. Foi ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 9/2008, de 14 de janeiro, e entrou em vigor na ordem jurídica portuguesa em 01/06/2008.

<sup>2658</sup> O Protocolo foi concluído em 15/11/2000. Portugal assinou o mesmo em 12/12/2000. Foi ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 19/2004, de 02/04/2004 e entrou em vigor em Portugal em 09/06/2004.

<sup>2659</sup> Vejam-se, assim, os considerandos n.º 1, n.º 2 e n.º 3 da Diretiva.

<sup>2660</sup> Assim, o art. 1.º estabelece, expressamente, que a Diretiva tem por objeto definir as condições de concessão de títulos de residência de duração limitada, em função da duração dos procedimentos nacionais relevantes, a nacionais de países terceiros *que cooperem na luta contra o tráfico de seres humanos ou contra o auxílio à imigração clandestina*. Por outro lado, nos termos do art. 8.º, os Estados-Membros analisarão se é *oportuno* prorrogar a permanência no território da vítima, tendo em conta o *interesse que representa para as investigações ou os processos judiciais*, se o interessado mostrou uma vontade clara de cooperar e rompeu todos os laços com os autores presumidos dos atos. Nos mesmos termos, no art. 14.º prevê-se que o título de residência pode ser retirado a todo o tempo, nomeadamente por falta de cooperação da vítima ou se o processo for arquivado.

refere, entre os fatores que os Estados devem ter em conta antes de tomarem essa decisão, o risco de a vítima incorrer em tratamentos contrários ao art. 4.º ou ao art. 19.º n.º2 da CDFUE no país de destino.

A lei portuguesa consagra algumas das mencionadas obrigações de proteção. Assim, prevê a concessão de autorização de residência a quem tenha sido vítima de tráfico de pessoas ou de ação de auxílio à imigração ilegal, incluindo a possibilidade de regularização do estatuto dos que já beneficiaram dessa autorização<sup>2661</sup>. Neste último caso, visa-se dar a possibilidade de as vítimas dos crimes em causa permanecerem no país *após essa situação*, o que se pode inserir na vontade do legislador em conferir proteção a essas pessoas contra maus tratos ou outras consequências que possam advir do seu regresso ao país de origem<sup>2662</sup>. Prevê-se ainda a concessão de autorização de residência nos casos em que os imigrantes foram vítimas de exploração no trabalho (a lei fala em vítimas de infração penal ou contraordenacional grave ou muito grave referente à relação de trabalho), exigindo-se, porém, que tenham denunciado a infração às entidades competentes e com elas colaborem<sup>2663</sup>.

Por fim, cabe ainda mencionar a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica, que determina, no art. 59.º, várias medidas em matéria de imigração destinadas à proteção das vítimas dos crimes de violência contra as mulheres<sup>2664</sup>. Em primeiro lugar, prevê que os Estados-Parte adotem as medidas legislativas ou outras necessárias para garantir que seja concedido às vítimas cujo estatuto de residente dependa do estatuto do seu cônjuge ou parceiro, uma autorização de residência autónoma. Essa autorização deverá ser concedida na eventualidade de dissolução do casamento ou da relação, a pedido da vítima, e caso «existam circunstâncias particularmente difíceis». A Convenção remete para a lei interna as condições para a concessão e duração dessa autorização de residência. Nos termos do n.º 2, as vítimas dos crimes mencionados podem obter a suspensão de um processo de expulsão. Por fim, os Estados deverão conceder uma autorização de residência renovável às vítimas se a autoridade competente considerar que a sua estadia no território é necessária devido à sua situação pessoal ou para efeitos da cooperação com as autoridades competentes no âmbito de uma investigação ou processo penal. Se na última hipótese se visa o interesse da investigação criminal, na primeira visa-se reconhecer diretamente um direito de imigração para efeitos de proteção das pessoas em causa, não obstante referir-se, de forma algo vaga, à simples «situação pessoal» das vítimas.

Um dever de proteção do Estado no que toca às vítimas estrangeiras de certos crimes pode derivar do já estudado art. 25.º da Constituição, lido à luz dos instrumentos mencionados – em particular, no que toca às vítimas de tráfico, do art. 4.º da CEDH. Tal dever imporia a não expulsão de pessoas que, tendo sofrido os crimes em causa, não se encontrem em condições físicas ou psicológicas de viajar. Assim, esse direito aproximar-se-

---

<sup>2661</sup> Art. 109.º e art. 122.º, n.º1, n).

<sup>2662</sup> Essa é, aliás, uma possibilidade complementar prevista pela Diretiva 2004/81/CE.

<sup>2663</sup> Alínea m) do n.º1 do art. 122.º. Deu-se, assim, cumprimento ao considerando n.º 27 da Diretiva 2009/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de junho de 2009, que estabelece normas mínimas sobre sanções e medidas contra os empregadores de nacionais de países terceiros em situação irregular.

<sup>2664</sup> Nos termos do art. 3.º da Convenção, «violência contra as mulheres é entendida como uma violação dos direitos humanos e como uma forma de discriminação contra as mulheres e significa todos os actos de violência baseada no género que resultem, ou sejam passíveis de resultar, em danos ou sofrimento de natureza física, sexual, psicológica ou económica para as mulheres, incluindo a ameaça do cometimento de tais actos, a coerção ou a privação arbitrária da liberdade, quer na vida pública quer na vida privada».

ia do direito de permanência decorrente da proteção contra tortura, tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes<sup>2665</sup>.

#### 4.6. DIREITO DE PARTICIPAÇÃO EM PROCESSOS JUDICIAIS EM CURSO

Neste ponto pretende-se analisar se, do direito a participar em procedimentos nos quais o estrangeiro seja parte, deriva um direito a entrar ou permanecer no território<sup>2666</sup>.

Tal direito resultaria, no contexto da CEDH, da proteção do art. 6.º da CEDH, que consagra o direito a um processo equitativo. A ComEDH teve oportunidade de se pronunciar sobre essa possibilidade num caso respeitante a um cidadão argelino que, por ter sido expulso de França, ficou impedido de estar presente e de se fazer representar num processo crime que corria contra si no território<sup>2667</sup>. O estrangeiro foi condenado a dezoito meses de prisão e a cinco anos de interdição de entrada no território. O art. 6.º foi invocado com sucesso perante a ComEDH que considerou que a expulsão havia consubstanciado, neste caso, uma negação de justiça<sup>2668</sup>.

Neste contexto importa mencionar também o caso *Ciliz*, em que o recorrente foi objeto de uma medida de expulsão quando se encontrava pendente um processo respeitante ao exercício das suas responsabilidades parentais<sup>2669</sup>. Depois de expulso, o recorrente não pôde regressar ao país para tomar parte no processo. O TEDH não só reprovou a medida de expulsão pelo facto de a mesma impedir o recorrente de levar a cabo uma vida familiar, mas ainda pelo facto de a mesma o impedir de participar adequadamente no processo judicial em curso.

Por outro lado, os arts. 5.º e 6.º da CEDH podem ainda oferecer proteção contra expulsão nos casos em que, no país recetor, o estrangeiro sofra o risco de ser sujeito a uma detenção arbitrária sem direito a julgamento<sup>2670</sup>. Note-se que, neste caso, o direito de acesso à justiça é violado devido a atuação no Estado de destino, e não no Estado expulsante. No entanto, como nos casos referentes à violação do art. 3.º da CEDH, é o Estado expulsante o responsabilizado pela violação ocorrida<sup>2671</sup>.

Apesar de o direito a participar em procedimentos em curso no território, poder consubstanciar um limite quanto ao “an” do *ius includendi et excludendi*, não nos parece poder constituir base suficiente para afirmação de *direitos derivados de imigração*, já que o direito à estadia se esgotará, em princípio, com o fim do procedimento. Assim, apesar de as situações enunciadas se poderem enquadrar facilmente na garantia de acesso à justiça ínsita no art. 20.º da Constituição, ainda assim será difícil defender um direito de imigração daí decorrente,

---

<sup>2665</sup> V. *supra*, ponto 1.4.2. do presente capítulo.

<sup>2666</sup> Referindo o mesmo como um limite às políticas de imigração, AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, *The Movement of Persons...*, p. 49.

<sup>2667</sup> Dec. de 02/12/1992, *Yonef Ayadi c. França*, queixa n.º 18000/91.

<sup>2668</sup> Sobre este ponto, v. CATHERINE TEITGEN-COLLY, “L’Éloignement des Étrangers...”, p.268.

<sup>2669</sup> Dec. de 11/07/2000, *Ciliz c. Holanda*, queixa n.º 29192/95.

<sup>2670</sup> AGÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA PARA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS & CONSELHO DA EUROPA, *Manual de Legislação Europeia...*, p. 91. V., neste ponto, a dec. do TEDH de 17/01/2012, *Othman c. Reino Unido*, queixa n.º 8139/09, em que o TEDH considerou que a expulsão para o país em causa levaria a violação do direito ao processo equitativo, por se usar provas obtidas mediante tortura.

<sup>2671</sup> Cf. *supra*, ponto 1.1.2. do presente capítulo.

uma vez que o direito à participação em processo judicial em curso não terá como efeito o estabelecimento de residência no território<sup>2672</sup>. Assim, neste contexto, importa referir a jurisprudência da *Corte Costituzionale* italiana, que afirmou que o direito à defesa constitui um limite à proibição de entrada no território, mas apenas durante o lapso de tempo estritamente necessário para o estrangeiro poder organizar a sua participação num procedimento criminal em curso<sup>2673</sup>.

#### 4.7. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO

Outro limite que se tem invocado no que toca ao *ius includendi et excludendi* diz respeito à salvaguarda do princípio da proibição da discriminação. A ideia central neste contexto é a de que o Estado não pode usar os referidos poderes para expulsar ou recusar a entrada de estrangeiros no território por motivos discriminatórios. Este ponto é especialmente complexo, pelo que reclama mais desenvolvimento.

##### 4.7.1. Considerações introdutórias

Falar de princípio da proibição da discriminação no contexto das leis de imigração não deixa de levantar algumas perplexidades. De facto, um dos fundamentos da existência de controlos migratórios assenta, precisamente, na distinção entre nacionais e não-nacionais<sup>2674</sup>. Assim, tem-se afirmado que a noção de discriminação, em si, não abrange a diferença de tratamento entre nacionais e estrangeiros no que toca à sujeição a controlos migratórios<sup>2675</sup>.

Não obstante, ainda assim, alguns autores tentam construir uma forma de proteção derivada de direitos de imigração a partir da ideia de que qualquer distinção entre nacionais e não nacionais no que toca ao acesso ao território estadual se tem de justificar num fundamento razoável e ser proporcional ao fim em vista<sup>2676</sup>. Ora, esta construção não merece o nosso acordo. Desde logo, porque os dois termos em comparação não estão em situação *análoga* no que toca ao direito em causa. Um deles tem, *prima facie*, um direito geral de entrada e permanência no território, e o outro não. Assim, um dos primeiros requisitos para um juízo de violação do princípio da proibição da discriminação não estaria cumprido<sup>2677</sup>. Em segundo

---

<sup>2672</sup> Neste contexto, importa relembrar o conceito de “imigração” adotado para os efeitos da presente tese implica necessariamente a possibilidade de estabelecimento de residência. V., *supra*, Considerações Prévias, I, ponto 1.1.

<sup>2673</sup> V. CECILIA CORSI, “Diritti Fondamentali e Cittadinanza...”, p. 799 e referências aí mencionadas.

<sup>2674</sup> Esse é, inclusivamente, um dos argumentos invocados por alguns dos autores que defendem a abolição dos controlos fronteiriços. Assim, TERESA HAYTER, *Open Borders...*, p. 21, MIRKO BAGARIC & JOHN MORSS, “State Sovereignty and Migration Control”, p. 27.

<sup>2675</sup> Assim, SARA BENEDI LAHUERTA, “Race Equality and TCNs...”, p. 745. A autora considera, assim, que se pode afirmar que, face ao corrente estado de direito internacional, a diferenciação entre nacionais e não nacionais para estes efeitos é perfeitamente legítima. V., ainda, PIETER BOELES, MAARTEN DEN HEIJER, GERRIE LODDER & KEES WOUTERS, *European Migration Law...*, p. 239 e, entre nós, CARLA AMADO GOMES & ANABELA COSTA LEÃO, *A Condição de Imigrante...*, p. 50.

<sup>2676</sup> Assim, PIETER BOELES, MAARTEN DEN HEIJER, GERRIE LODDER & KEES WOUTERS, *European Migration Law...*, p. 19.

<sup>2677</sup> Assim, MARÍA DÍAZ CREGO, “El Derecho a no ser discriminado...”, p. 139.

lugar, os próprios autores acabam por não prescindir da violação de outros direitos que o estrangeiro pretenderia exercer no território para exemplificar eventuais violações do princípio da proibição da discriminação (como, por exemplo, o direito à unidade familiar)<sup>2678</sup>, assim demonstrando que o princípio da proibição da discriminação face a nacionais não é idóneo para garantir isoladamente direitos de imigração.

A situação já será diferente se perspetivarmos o princípio da proibição da discriminação no que toca às distinções entre várias categorias de estrangeiros. MANUEL DIEZ VELASCO refere a «formação» de uma norma de direito internacional mediante a qual os Estados não podem, mesmo em matéria de imigração, discriminar nacionais de um determinado Estado em relação a nacionais de outro. Não obstante, o autor refere que a isso não se opõe o estabelecimento de regimes mais favoráveis para nacionais de certos países, em razão de laços de amizade, tratados bilaterais ou multilaterais<sup>2679</sup>. O *Manual de Legislação Europeia sobre asilo, fronteiras e imigração*, da AGÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA PARA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS e do CONSELHO DA EUROPA refere que «regra geral, os Estados estão autorizados a estabelecer diferenças entre as nacionalidades quando exercem o seu poder soberano de permitir ou recusar o acesso ao seu território. Em princípio, não é ilegal celebrar acordos ou adotar legislação nacional que conceda a determinadas nacionalidades direitos privilegiados de entrada ou permanência no território do Estado. Por conseguinte, os Estados estão também autorizados a associar condições diferenciadas a tal entrada ou residência»<sup>2680</sup>.

Por outro lado, alguns autores defendem ainda que, em determinados casos, a distinção entre categorias de estrangeiros pode ser admitida em sentido negativo, devido à inexistência de relações diplomáticas com o Estado da nacionalidade do indivíduo, ou à impossibilidade de garantir a segurança dos cidadãos em questão<sup>2681</sup>.

Consideramos que a resposta a esta questão passa pela razoabilidade do motivo de distinção que fundamenta a mesma. De facto, algumas obras clássicas de direito internacional público afirmavam já que a recusa de admissão ou a expulsão de estrangeiros podia ser inconsistente com o direito internacional comum ou mesmo com princípios gerais de direito, como o princípio da não discriminação<sup>2682</sup>.

Este assunto ganha hoje um novo relevo, por, na atualidade, se desenvolverem algumas políticas de imigração que se alicerçam na origem étnica ou religiosa das pessoas, sob o pretexto securitário de combate ao terrorismo<sup>2683</sup>. De facto, na falta de informação fidedigna sobre quem é suspeito de terrorismo, pode correr-se o risco de se usar dados decorrentes da proveniência étnica, religiosa ou nacional dos imigrantes, de forma a que o uso de estereótipos seja convertido em critério de seleção de imigrantes, o que não deixará de criar graves problemas face ao princípio da proibição da discriminação<sup>2684</sup>. Também assim,

---

<sup>2678</sup> PIETER BOELES, MAARTEN DEN HEIJER, GERIE LODDER & KEES WOUTERS, *European Migration Law...*, p. 20.

<sup>2679</sup> MANUEL DIEZ VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional...*, p. 627.

<sup>2680</sup> AGÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA PARA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS & CONSELHO DA EUROPA, *Manual de Legislação Europeia...*, p. 191.

<sup>2681</sup> AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, *The Movement of Persons...*, p. 17, JOSÉ A. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional...*, p. 225,

<sup>2682</sup> GORAN CVETIC, “Immigration Cases in Strasbourg...”, p. 647 e RAINER ARNOLD, “Aliens”, p. 104.

<sup>2683</sup> Cf. AA.VV., *Terrorism and the Foreigner...* e DANIEL MOECKLI, *Human Rights and Non-Discrimination...*, p. 168 e ss.

<sup>2684</sup> ANA RITA GIL, “Imigração, Raça e Terrorismo”..., p. 2.

GONÇALO SARAIVA MATIAS refere que «não pode aceitar-se que o escrutínio seletivo recaia essencialmente sobre os membros de determinada etnia ou religião com base no preconceito da pertença a organizações terroristas»<sup>2685</sup>. Como refere ilustrativamente este último autor, seria inaceitável que um país estabelecesse um embargo a imigrantes de determinada etnia, por exemplo<sup>2686</sup>. Concordamos também com o autor no sentido de que um sistema de seleção de imigrantes através de quotas para certas nacionalidades é um sistema discutível, e que exige um fundamento racional muito sólido. No entanto, quer a violação reiterada das leis de imigração por parte de nacionais desse país, exemplo dado pelo autor, como as relações internacionais não amistosas com o país de proveniência parecem-nos, ainda assim, discutíveis, pois, em ambos os casos o Estado estará a penalizar o indivíduo por facto que lhe é alheio. Assim, consideramos que uma eventual distinção entre nacionalidades, para efeitos de controlo migratório, apenas será aceitável enquanto discriminação positiva, *i.e.*, no sentido do *favorecimento* de determinadas nacionalidades, justificado com determinados fatores racionais.

#### 4.7.2. Jurisprudência dos órgãos de garantia da CEDH

O TEDH já teve oportunidade de se pronunciar sobre o princípio da proibição da discriminação em contexto de controlo da imigração. De acordo com esta jurisprudência, a distinção entre categorias de pessoas para efeitos de sujeição a controlos migratórios depende da existência de fundamentos objetivos e razoáveis<sup>2687</sup>. Assim, é possível tratar diferentemente duas pessoas que pretendam entrar no Estado, mas que invocam dois motivos distintos para tal. O mesmo já não poderá suceder se essas duas pessoas pretenderem entrar com idêntico fundamento, mas são tratadas de forma diferente devido a um motivo discriminatório<sup>2688</sup>. Por outro lado, podem ser admitidas normas de imigração mais favoráveis em relação a nacionais de Estados com os quais o Estado de acolhimento tenha laços históricos ou culturais mais fortes. Nesse caso, tratar-se-á de uma discriminação positiva, assente num motivo racional.

À partida, o princípio da proibição da discriminação apenas consubstanciaria um limite ao *modo de exercício* do *ius includendi et excludendi*. No entanto, o mesmo pode, em certas circunstâncias, implicar a proteção direitos derivados de imigração. De facto, embora de forma ainda tímida, os órgãos de garantia da CEDH já garantiram direitos derivados de imigração por força da proteção do princípio da proibição da discriminação, inserido no art. 14.º da CEDH.

A ComEDH começou por considerar que uma discriminação do referido tipo podia, em algumas circunstâncias, ser tão séria que constituiria, em si mesma, um tratamento contrário ao art. 3.º da CEDH. Esta afirmação foi feita num contexto de discriminação racial, em que a ComEDH considerou que uma lei de imigração do Reino Unido, que sujeitava a controlos

---

<sup>2685</sup> GONÇALO SARAIVA MATIAS, *Migrações e Cidadania...*, p. 25.

<sup>2686</sup> *Idem*, p. 16. V. ainda, sobre discriminação racial no contexto do controlo da imigração, GABRIEL J.CHIN, “Segregation’s Last Stronghold...”, p. 58 e ss.

<sup>2687</sup> *Abdulaziz...*, cit. Para aferir da existência de semelhante fundamento, o TEDH analisa se a distinção prossegue um fim legítimo e se existe uma relação de proporcionalidade entre os meios empregues e o fim visado. O TEDH considera ainda que os Estados dispõem de uma certa margem de apreciação.

<sup>2688</sup> Sobre a sujeição de estrangeiros a controlos migratórios vexatórios e unicamente baseados na raça ou etnia da pessoa, v. a condenação proferida pelo TEDH em 04/07/2012, *B.S. c. Espanha*, queixa n.º 47159/08.

migratórios os cidadãos que provinham de colónias da África oriental de origem asiática, era discriminatória em função da cor ou da raça. Mais afirmou que tal discriminação constituía uma violação da dignidade dos visados, pelo que violava o art. 3.º da CEDH<sup>2689</sup>. Num caso semelhante, a Comissão voltou a reconhecer a aplicabilidade do art. 3.º, em conjugação com o art. 14.º da CEDH, em relação a imigrantes da etnia cigana e cuja nacionalidade era incerta, por lhes terem sido negados documentos de identificação e, nessa sequência, terem sido forçados a deixar o território<sup>2690</sup>.

Nestes casos a ComEDH considerou que as decisões de recusa de entrada ou de expulsão violavam o princípio da proibição da discriminação e que, pura e simplesmente, *não deviam ter sido tomadas*. Tratou-se, assim, de uma jurisprudência que estabeleceu limites quanto ao próprio “an” do exercício do *ius includendi et excludendi*. Note-se, contudo, que a ComEDH considerou que tais decisões violavam aquele princípio em conjugação com o art. 3.º. Neste ponto importa recordar o carácter acessório do art. 14.º, estando a sua violação dependente de outro direito garantido pela CEDH<sup>2691</sup>.

Mais tarde, o TEDH pronunciou-se também sobre a violação do princípio da proibição da discriminação em matéria de conteúdo das decisões respeitantes ao controlo da imigração. No caso *Abdulaziz*, aquele Tribunal considerou que a lei de imigração inglesa, ao permitir o reagrupamento familiar de mulheres de imigrantes, mas já não de maridos de mulheres estabelecidas no país, violava o princípio da proibição da discriminação em razão do sexo e, portanto, o art. 14.º conjugado com o art. 8.º. Nessa sequência, reconheceu um direito à entrada no território a estrangeiros casados com imigrantes estabelecidas no Reino Unido.

Por seu turno, no caso *Kiyutin*<sup>2692</sup>, o TEDH sancionou uma recusa de autorização de residência pelo facto de o estrangeiro ser seropositivo. O TEDH sublinhou a especial vulnerabilidade das pessoas infetadas com essa doença, e referiu que a mesma podia ser equivalente a uma forma de deficiência. Por outro lado, a legislação em causa não permitia uma análise individualizada da situação de cada pessoa. O Tribunal referiu que, muito embora a proteção da saúde pública pudesse constituir um fim legítimo, o Estado-Parte não havia demonstrado, com base numa análise individualizada do caso, que a exclusão do estrangeiro em causa era determinante para a salvaguarda desse fim. O TEDH considerou, assim, que o recorrente tinha sido vítima de discriminação devido ao seu estado de saúde, e por isso, que o Estado tinha incorrido em violação do art. 14.º da CEDH em conjugação com o art. 8.º.

Os órgãos de garantia da Convenção têm sido mais relutantes em qualificar como discriminatórias as distinções de tratamento baseadas na nacionalidade, considerando que um Estado pode estabelecer condições de entrada ou de permanência no território aos nacionais de um país com o qual mantenha relações mais estreitas<sup>2693</sup>. Neste ponto, são

---

<sup>2689</sup> Dec. de 14/12/1973, *East-African Asian Cases*, queixas n.º 4403/70, 4404/70, 4405/70 e 4406/70. A Comissão referiu que, ao ter sido negada a entrada no país aos indivíduos em causa, estes tinham sido tratados como cidadãos de *segunda classe*. Sobre este caso, v. ANTHONY LESTER, “East African Asians versus the United Kingdom: The Inside Story” e ainda NICHOLAS BLAKE & RAZA HUSAIN, *Immigration, Asylum...*, p. 75.

<sup>2690</sup> Cf. dec. de 06/07/1977, *Kalderas Gypsies c. República Federal da Alemanha e Holanda*, queixas n.º 7823/77 e 7824/77. Para mais desenvolvimentos, v. HÉLÈNE LAMBERT, *The Position of Aliens...*, p. 34 e ss.

<sup>2691</sup> Cf. *supra*, Parte II, Capítulo I, ponto 2.3.1.

<sup>2692</sup> Dec. de 10/03/2011, *Kiyutin c. Rússia*, queixa n.º 2700/10.

<sup>2693</sup> Assim a decisão da ComEDH de 06/03/1982, *X c. Reino Unido*, queixa n.º 9088/80, e, da mesma data, a dec. sobre a queixa n.º 8231/78, ambas respeitantes a preferências em matéria de entrada no território concedidas pelo Reino Unido aos cidadãos da Commonwealth. V., sobre estas decisões, JOÃO MADUREIRA, “La Jurisprudence...”, p. 143 e VINCENT COUSSIRAT-COUSTERE, “Les Politiques Migratoires...”, p. 212.

particularmente ilustrativas as decisões do TEDH nos casos *Moustaquim* e *C. c. Bélgica*<sup>2694</sup>, sobre tratamento preferencial dos cidadãos da UE no que toca ao acesso aos territórios dos demais Estados-Membros. Em ambos os casos, os recorrentes, nacionais de países terceiros, recorreram para o TEDH invocando a violação do princípio da proibição da discriminação, pelo facto de os nacionais de Estados-Membros da UE serem mais protegidos em relação à aplicação de medidas de expulsão do território dos Estados que os nacionais de países terceiros. O TEDH considerou que a referida distinção de tratamento tinha uma justificação objetiva e razoável, já que a UE constituía uma ordem jurídica específica, tendo inclusivamente instituído uma cidadania própria. Assim, nestes casos, o TEDH afastou-se da consideração do critério da nacionalidade como um critério de distinção suspeito, desenvolvido noutros domínios, como se teve oportunidade de analisar na Parte II da presente tese<sup>2695</sup>. Alguns autores invocam que neste contexto se estabeleceu uma verdadeira «exceção comunitária» ao princípio da proibição da discriminação em função da nacionalidade<sup>2696</sup>.

O TEDH teve ainda ocasião de se pronunciar sobre a violação do princípio da discriminação em função da nacionalidade no caso *Aslan c. Malta*<sup>2697</sup>. Neste caso, o Estado-Parte havia recusado a entrada no território a cidadãos turcos. Os recorrentes alegaram que um dos agentes havia tecido comentários insultuosos em relação à sua religião. O TEDH considerou, no entanto, que os referidos comentários não atingiam um grau de gravidade suficiente para se poderem considerar um tratamento degradante, pelo que não havia existido uma violação do art. 14.º da CEDH conjugado com o art. 3.º da CEDH.

No caso *Hode e Abdi*, o TEDH decidiu um caso semelhante ao caso *Abdulhaliz*. Estava em causa uma lei britânica que exigia, como condição para o exercício do reagrupamento familiar, que os cônjuges dos refugiados fossem casados antes da entrada do reagrupante no país<sup>2698</sup>. Os recorrentes invocavam que a lei era discriminatória, já que tal condição não era exigida a outros imigrantes com título temporário no Reino Unido. O TEDH considerou ter existido, no caso, violação dos art. 8.º e 14.º da CEDH.

No caso *Kurić* o TEDH apreciou ainda a eliminação do registo esloveno de residentes permanentes dos antigos cidadãos da República Socialista Federal da Jugoslávia. A diferença de tratamento respeitante aos estrangeiros que tinham sido cidadãos do referido Estado constituía uma discriminação e violava o art. 14.º da CEDH em conjugação com o art. 8.º<sup>2699</sup>.

Por fim, num caso recente, o TEDH considerou ainda que não era discriminatório o tratamento de cônjuges de nacionais da Dinamarca, para efeitos de reagrupamento familiar,

<sup>2694</sup> Dec. de 18/02/1991, *Moustaquim c. Bélgica*, cit., e Dec. de 07/08/1996, *C. c. Bélgica*, cit.

<sup>2695</sup> Criticando o raciocínio do TEDH, v. EMMANUELLE BRIBOSIA, “Les Discriminations...”, p. 216 e ss. A autora refere que o mesmo entra em contradição com os princípios de direito internacional geral, nomeadamente o do efeito relativo dos Tratados e a regra segundo a qual um Estado Parte num tratado internacional não pode, por via de conclusão de um novo tratado, desrespeitar as obrigações que lhe incumbem em virtude do tratado anterior. A autora sublinha ainda que o raciocínio do TEDH pode passar a justificar *a priori* qualquer diferença de tratamento entre cidadãos da UE e nacionais de terceiros Estados.

<sup>2696</sup> EMMANUELLE NÉRAUDAU-D’UNIENVILLE, *Ordre Public...*, p. 112.

<sup>2697</sup> Dec. 03/02/2000, *Aslan c. Malta*, queixa n.º 29493/95.

<sup>2698</sup> Dec. 06/11/2012, *Hode e Abdi c. Reino Unido*, queixa n.º 22341/09.

<sup>2699</sup> Dec. de 26/06/2012, *Kurić c. Eslovénia*, queixa n.º 2628/06.



que era mais facilitado nos casos em que o cidadão possuía a nacionalidade dinamarquesa há 28 ou mais anos<sup>2700</sup>.

Como se denota, a jurisprudência do TEDH na matéria ainda não se afigura suficiente para se poder afirmar que consagra verdadeiros direitos derivados de imigração por força da violação do princípio da proibição da discriminação. Consideramos que para isso contribui a própria natureza do art. 14.º da CEDH, cuja violação está dependente de outra norma da mesma Convenção<sup>2701</sup>. No entanto, pode afirmar-se que o princípio da proibição da discriminação constitui um limite ao *ius includendi et excludendi*, no sentido de que os Estados não são totalmente livres para determinar quem pode ser admitido a entrar ou permanecer nos seus territórios, impedindo-os de proceder a essa seleção com base em critérios discriminatórios.

#### 4.7.3. Decisões de outros organismos internacionais

Outros organismos internacionais têm também emanado decisões importantes neste contexto.

Desde logo, o Comité de Direitos Humanos já teve oportunidade de se debruçar sobre esta questão. Assim, a sua já referida elaboração genérica, nos termos de que, *«in certain circumstances an alien may enjoy the protection of the Covenant even in relation to entry or residence, for example when considerations of non-discrimination, prohibition of inhuman treatment and respect for family life arises»*<sup>2702</sup>.

No caso *Tsarjov c. Estónia*<sup>2703</sup>, o recorrente era um apátrida, de origem russa, e que tinha prestado serviços para a KGB. Por esse facto, as autoridades da Estónia recusavam-se a conceder-lhe um título de residência permanente no país. O recorrente invocava que o Estado violava o art. 26.º do PIDCP, já que atribuía tal título de residência a outros nacionais que tinham trabalhado para forças armadas nos seus países, desde que os mesmos pertencessem a Estados-Membros da UE ou da NATO. Apesar de considerar existir uma diferença de tratamento, o Comité considerou que a mesma prosseguia um fim legítimo (justificando-se na segurança nacional e em motivos históricos) e que era razoável e objetiva.

Por fim, numa decisão de 2009, o Comité condenou a Espanha por levar a cabo controlos de imigração baseados apenas nas características físicas das pessoas, enquanto indícios de pertença a determinada etnia, e presumindo daí o estatuto ilegal das mesmas no território<sup>2704</sup>. Esta decisão reveste uma importância ímpar na atualidade, face à já referida tendência de os

---

<sup>2700</sup> Dec. de 25/03/2014, *Biao c. Dinamarca*, queixa n.º 38590/10. No caso em que os cidadãos não possuíam a nacionalidade há 28 anos, teriam de demonstrar que não possuíam um laço mais efetivo com mais nenhum país. O TEDH considerou que a diferença de tratamento visava um fim legítimo, que seria o de assegurar uma efetiva e boa integração do cônjuge na sociedade. O TEDH considerou que, face às circunstâncias do caso concreto, a CEDH não resultava violada. A decisão teve três votos de vencido, que criticaram, em particular, o facto de o TEDH só se ter preocupado com o caso em concreto, e não no impacto que a regra em causa poderia produzir no tratamento mais alargado dos estrangeiros que se encontrassem na mesma situação.

<sup>2701</sup> É certo, porém, que o TEDH poderia já ter em conta a violação do princípio da proibição da discriminação insito no Protocolo n.º 12 anexo à CEDH que, contrariamente ao art. 14.º, pode ser considerado independentemente de outras disposições da Convenção.

<sup>2702</sup> Comentário Geral n.º 15, *The position of aliens under the Covenant*, de 30/09/1986.

<sup>2703</sup> Dec. de 26/10/2007, *Tsarjov c. Estónia*, comunicação n.º 1223/2003.

<sup>2704</sup> Dec. de 27/07/2009, *Williams Lecraft c. Espanha*, comunicação n.º 1493/2006.

Estados usarem os controlos migratórios como meio de combate ao terrorismo<sup>2705</sup>. Na falta de informação fidedigna sobre as ameaças terroristas, as autoridades não podem usar estereótipos, baseados na raça, etnia ou origem nacional, como meio de exercer o controlo de imigração, já que tal prática violará o princípio da proibição da discriminação<sup>2706</sup>.

Por seu turno, apesar de a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial não conter nenhuma disposição específica sobre controlo da imigração, o Comité para a Eliminação da Discriminação Racial referiu que as leis internas sobre expulsão não deveriam discriminar – nem direta nem indiretamente – estrangeiros com base na raça, cor, ou na origem étnica ou nacional<sup>2707</sup>. Nessa sequência, o referido Comité considerou incompatível com o princípio da não discriminação uma disposição da *British Race Relations Act* de 1976 que permitia às autoridades, no exercício do controlo da imigração, discriminar entre categorias de estrangeiros com fundamento na origem nacional ou étnica<sup>2708</sup>.

Por seu turno, o Comité Europeu dos Direitos Sociais, considerou, no caso *COHRE c. França*<sup>2709</sup>, que as ações de despejo de cidadãos estrangeiros da etnia cigana das suas habitações e a sua expulsão de França constituíam uma violação do art. E, em conjugação com o art. 19.º, n.º 8 da CSE.

Por fim, também no seio do Conselho da Europa, importa referir a recomendação n.º 8 da Comissão Europeia contra o racismo e intolerância sobre combate ao racismo em contexto de luta contra o terrorismo<sup>2710</sup>. Essa recomendação insta os Estados a assegurar que nenhuma discriminação baseada em raça, cor, religião, nacionalidade ou origem nacional ou étnica tenha lugar na legislação ou em medidas em matéria de controlo fronteiriço, expulsão, deportação ou emissão de vistos.

#### 4.7.4. Direito da UE

Por seu turno, o Direito da UE constitui um exemplo dúbio no que toca à consagração de um princípio da proibição da discriminação em função da nacionalidade em matéria de regulação da imigração. Assim, apesar de as Diretivas na matéria mencionarem a necessidade de as mesmas serem aplicadas no respeito pelo princípio da proibição da discriminação<sup>2711</sup>, a política de vistos não deixa de colocar sérias dúvidas ao proceder a uma divisão do “mundo

---

<sup>2705</sup> Sobre o uso de tais critérios gerais como forma de combate ao terrorismo através das leis de imigração, v. IDIL ATAK & FRANÇOIS CRÉPEAU, “National Security, Terrorism...”, p. 109.

<sup>2706</sup> DANIEL MOECKLI, *Human Rights and Non-Discrimination...*, p. 166.

<sup>2707</sup> Comentário Geral n.º 30, *Discrimination Against Non Citizens*, 19/08/2004.

<sup>2708</sup> Observações feitas ao Reino Unido, 10/12/2003.

<sup>2709</sup> Dec. de 28/06/2011, *COHRE c. França*, queixa n.º 63/2010.

<sup>2710</sup> Comissão Europeia contra o Racismo e Intolerância, *General Policy Recommendation No. 8 on combating racism while fighting terrorism*, de 17/03/2004.

<sup>2711</sup> Assim, o considerando n.º 5 da Diretiva 2003/86/CE, o considerando n.º 5 da Diretiva 2003/109/CE, o considerando n.º 7 da Diretiva 2004/81/CE, o considerando n.º 5 da Diretiva 2004/114/CE, o considerando n.º 24 da Diretiva 2005/71/CE, o considerando n.º 21 da Diretiva 2008/115/CE e o considerando n.º 29 da Diretiva 2011/98/UE.

em duas categorias”<sup>2712</sup>: a dos Estados cujos nacionais necessitam de visto para entrar no território da União (a chamada “lista negra”), e aquela cujos nacionais não necessitam de tal visto<sup>2713</sup>.

Nos termos do art. 6.º do Código de Fronteiras Schengen, os controlos das fronteiras têm de ser realizados por forma que não discrimine as pessoas em razão do sexo, raça, origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual.

Apesar de não se poder afirmar que dos instrumentos da UE resulte a proteção de um qualquer direito de imigrar derivado do princípio da proibição da discriminação, julgamos que, de facto, tal princípio deve funcionar como um limite à discricionariedade dos Estados no que toca a decidir quem pode ser admitido a entrar ou permanecer no território, não podendo tais decisões ser fundadas em motivos discriminatórios<sup>2714</sup>.

#### 4.7.5. Constituição Portuguesa

O art. 13.º da CRP deve funcionar como garantia de que as leis e decisões em matéria de imigração em Portugal não sejam discriminatórias. Assim, uma leitura desta norma à luz das mais recentes decisões dos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos impõe a proibição de discriminação de imigrantes no que toca aos critérios de entrada e permanência no território. A proteção constitucional pode implicar a proteção derivada de um direito de imigração se, por exemplo, as autoridades tratarem de forma discriminatória dois estrangeiros que se encontrem na mesma situação, permitindo a entrada de um no território, mas não de outro. Na mesma situação estará quem for expulso por motivos discriminatórios, decorrendo da Constituição um direito de o mesmo permanecer no território, derivado da proteção contra a discriminação.

---

<sup>2712</sup> Assim, ELSPETH GUILD, *The Legal Elements...*, p. 202 e DANIEL MOECKLI, *Human Rights and Non-Discrimination...*, p. 175.

<sup>2713</sup> Regulamento n.º 539/2001 do Conselho, de 15 de Março de 2001, que enumera os países terceiros cujos nacionais devem possuir um visto quando atravessam as fronteiras externas e aqueles cujos nacionais estão isentos dessa obrigação. Sobre este ponto, v. ainda RYSZARD CHOLEWINSKI, “Borders and Discrimination...”, p. 83. O autor refere que nem todos os critérios usados são imunes à possibilidade de discriminação. Assim, para além das relações internacionais existentes, tem-se ainda em conta a origem dos fluxos de imigração ilegal, já que a avaliação desse risco não é precedido de uma análise individualizada, mas sim do recurso a critérios gerais, como a nacionalidade. V., ainda, entre nós, NUNO PIÇARRA, “Direito da União Europeia ...”, p. 286 e ss. V. ainda o Regulamento n.º 810/2009, de 13/07, que estabelece o Código Comunitário de Vistos. O art. 39.º deste último dispõe que, no exercício das suas funções, os funcionários consulares não podem exercer qualquer discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual. KEES GRONENDIJK refere que as referidas distinções devem ser justificadas e não podem ser tidas como autoevidentes. Cf. “Introduction: Migration and Law in Europe...”, p. 22.

<sup>2714</sup> CECILIA CORSI, “Diritti Fondamentali e Cittadinanza...”, p. 798.

#### 4.8. DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O direito à liberdade de expressão foi referido, por FOURLANOS, como um exemplo de um direito humano que pode limitar o *ius includendi et excludendi*<sup>2715</sup>.

No que toca à CEDH, a jurisprudência da ComEDH começou por considerar, no caso *Agee*, que o art. 10.º (que consagra o direito à liberdade de expressão) não garantia o direito de um estrangeiro se estabelecer num território, e que a expulsão por motivos de segurança não constituía enquanto tal, uma ingerência no mesmo. No entanto, no caso, o recorrente não havia logrado demonstrar que a decisão de expulsão constituía uma sanção que lhe havia sido infligida *pelo facto* de este ter exercido o referido direito<sup>2716</sup>. Assim, noutros casos, a ComEDH referiu que a recusa de entrada ou a expulsão de estrangeiros podia violar o direito à liberdade de expressão, se fossem aplicadas especificamente com o objetivo de impedir o exercício desse direito<sup>2717</sup>.

O TEDH teve também oportunidade de se pronunciar sobre a violação do direito à liberdade de expressão num caso de expulsão de estrangeiros. No caso *Piermont c. França*<sup>2718</sup>, uma cidadã alemã, membro do Parlamento Europeu, foi expulsa da Polinésia Francesa quando procurava falar sobre testes nucleares desenvolvidos pela França. O TEDH considerou ter existido uma violação do art. 10.º da CEDH<sup>2719</sup>. Um caso semelhante foi decidido contra Portugal, que proibiu a entrada no país de um navio, cuja tripulação pretendia lançar uma campanha a favor da descriminalização do aborto. O TEDH considerou ter existido uma ingerência na liberdade de expressão dos recorrentes<sup>2720</sup>.

Por seu turno, o art. 19.º, n.º2 do PIDCP prescreve que «toda a pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, *independentemente de considerações de fronteiras*, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha» (realce nosso). Tradicionalmente, tem-se interpretado a referência a *fronteiras* como abrangendo apenas os casos de transmissão de informação por correio ou telecomunicações. No entanto, FOURLANOS refere que, nos casos em que a presença de uma pessoa num determinado território for indispensável para levar a cabo o direito à liberdade de expressão, a entrada nesse território também estará abrangida pela norma em análise. Assim, o autor defende que o Estado apenas poderá impedir a entrada do estrangeiro se respeitar as condições enunciadas no n.º 3 do artigo em causa<sup>2721</sup>. Neste contexto, o Comité

---

<sup>2715</sup> GERASSIMOS FOURLANOS, *Sovereignty and the Ingress...*, p. 64. Sobre a proteção do direito à liberdade de expressão, em geral, pelos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, v., *inter alia*, FREDERIC SUDRE, *Droit Européen...*, p. 525 e ss.

<sup>2716</sup> Dec. de 17/12/1976, *Agee c. Reino Unido*, queixa n.º 7729/76. Para mais desenvolvimentos sobre este caso, v. JOÃO MADUREIRA, “La Jurisprudence...”, p. 168.

<sup>2717</sup> V. Dec. 19/03/1981, *Omkarananda and the Divine Light Zentrum c. Suíça*, queixa n.º 8118/77. No mesmo sentido, HÉLÈNE LAMBERT, *The Position of Aliens...*, p. 44.

<sup>2718</sup> Dec. de 27/04/1995, *Piermont c. França*, queixas n.º 15773/89 15774/89.

<sup>2719</sup> Mais considerou que, face à qualidade de cidadã nacional de um dos Estados-Membros da UE e de membro do Parlamento Europeu, as autoridades francesas não podiam invocar o art. 16.º da CEDH para justificar uma restrição à atividade política da estrangeira.

<sup>2720</sup> Dec. de 03/02/2009, *Women on waves e outros c. Portugal*, queixa n.º 31276/05.

<sup>2721</sup> Nos termos dessa disposição, o direito à liberdade de expressão pode estar sujeito a restrições, as quais devem estar expressamente previstas em lei e ser necessárias para assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas, ou para proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

dos Direitos Humanos já referiu ser incompatível com o art. 3.º, em determinadas circunstâncias, a restrição de entrada no território a jornalistas estrangeiros<sup>2722</sup>.

A proteção do direito à liberdade de expressão é um dos meios mais desenvolvidos da proteção derivada de direitos de imigração na jurisprudência da *Supreme Court* dos EUA, que se inaugurou com a expulsão de um professor universitário anarquista, precisamente devido às ideias que o mesmo difundia<sup>2723</sup>. Depois de uma evolução em que se afirmava que os estrangeiros não podiam invocar pretender exercer direitos constitucionais para entrar ou permanecer no território, passou a ser tido como aceite que, em processo de imigração, eram invocáveis os direitos da 1ª Emenda<sup>2724</sup>.

No entanto, tal proteção revela-se bastante limitada no nosso horizonte. Desde logo, porque o n.º 2 do art. 10.º da CEDH permite que os Estados limitem o gozo do direito à liberdade de expressão por vários motivos (podendo o mesmo ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial). Por outro lado, porque os referidos direitos podem ser restringidos em relação a estrangeiros, como permite expressamente o art. 16.º da CEDH<sup>2725</sup>. Por fim, o direito à liberdade de expressão apenas pode fundar um direito de entrada ou permanência no território por um período de tempo tendencialmente curto, e que se esgota com o evento em que se pretende exercer esse direito. Como tal, este direito será, também, de pouca de utilidade no que toca ao reconhecimento de direitos de residência<sup>2726</sup>. Ainda assim, não afastamos de todo essa possibilidade. Pense-se precisamente na situação de um professor universitário impedido de entrar no território para lecionar determinada disciplina, ou expulso do mesmo, por as autoridades considerarem o seu pensamento “subversivo”. Se as medidas de expulsão ou de exclusão se destinarem precisamente a evitar que o estrangeiro residente faça uso da sua liberdade de expressão, tal caso poderá configurar uma violação desse direito. Aí, o Estado deverá ficar vinculado a não exercer o *ius excludendi et excludendi*.

Um caso decidido pelo TEDH em 2010 vai, precisamente, ao encontro desta ideia. Tratou-se do processo *Cox c. Turquia*<sup>2727</sup>, em que a recorrente foi proibida de reentrar na Turquia devido às opiniões que havia expressado, no contexto das suas atividades académicas, em relação à violação de direitos humanos dos curdos. O TEDH considerou que a proibição de reentrada constituía uma ingerência na liberdade de expressão da recorrente. Uma vez que não havia indícios de a mesma ter cometido um ilícito penal com a disseminação das referidas opiniões, e que os assuntos em causa continuavam a ser objeto de aceso debate, não haveria um interesse público que justificasse adequadamente a restrição de tal direito.

O art. 37.º da Constituição consagra, precisamente, o direito à liberdade de expressão, dispondo que todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela

---

<sup>2722</sup> Comentário Geral n.º 34, *Freedoms of opinion and expression*, de 12/09/2011.

<sup>2723</sup> *United States ex. rel. Turner c. Williams*, 194 U.S. 279 (1904).

<sup>2724</sup> *Kleindienst c. Mandel*, 408 U.S. 753 (1972). V., sobre este ponto, GERALD L. NEUMAN, *Strangers to the Constitution...*, p. 129 e ss.

<sup>2725</sup> Sobre este ponto, v. LUÍS SILVEIRA, “The Admission of Aliens...”, p. 120.

<sup>2726</sup> No mesmo sentido, HÉLÈNE LAMBERT, *The Position of Aliens...*, p. 44.

<sup>2727</sup> Dec. de 20/05/2010, *Cox c. Turquia*, queixa n.º 2933/03.

palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, sem impedimentos nem discriminações. Nos termos do n.º2, «o exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura». Ora, esta proibição constitucional abrangerá também a adoção de medidas de recusa de entrada ou de expulsão de estrangeiros no território que se destinem a impedir o legítimo exercício da liberdade de expressão. Mais poderá fundar um reconhecimento derivado de direitos de imigração nos casos em que se pretenda excluir ou expulsar estrangeiros com o único fundamento de evitar a residência dos mesmos devido à intenção de exprimirem ideias no exercício desse legítimo direito.

#### 4.9. DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA<sup>2728</sup>

Outra manifestação de limites ao “an” do *ius includendi et excludendi* consiste no respeito pela liberdade religiosa.

Neste ponto, a jurisprudência dos órgãos de garantia da CEDH também não se afigura linear. Numa decisão datada de 1981, a ComEDH afirmou que tal direito não garantia por si só a um estrangeiro a permanência num determinado território, a não ser que se demonstrasse que, com a aplicação de uma medida de afastamento, se visava precisamente impedir o exercício da liberdade religiosa<sup>2729</sup>. O TEDH também já teve ocasião de se pronunciar sobre esta questão. No caso *Perry*, considerou que a recusa, por parte da Letónia, de conceder a um pastor evangélico uma autorização de residência permanente “para atividades religiosas”, com fundamento na salvaguarda da segurança nacional, constituía uma interferência no direito à liberdade religiosa do recorrente<sup>2730</sup>. No mesmo sentido, considerou que a proibição de reentrada de um estrangeiro no território devido às suas atividades religiosas constituía uma violação do mesmo direito, não se podendo justificar com a salvaguarda da segurança nacional<sup>2731</sup>.

Nos últimos casos mencionados, o TEDH começou por verificar se a ação estadual constituía uma ingerência no direito à liberdade religiosa e, em segundo lugar, se tal ingerência podia ser justificada à luz do n.º 2 do art. 9.º, que autoriza restrições ao direito desde que previstas na lei, e se constituem «disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à proteção dos direitos e liberdades de outrem».

No nosso entender, a possibilidade de reconhecimento de direitos de imigração decorrentes da proteção da liberdade religiosa revestirá os mesmos contornos que a proteção decorrente do direito à liberdade de expressão. Ela poderá ocorrer nos casos em que o estrangeiro pretenda estabelecer ou prosseguir residência no território e o Estado usar do seu *ius includendi* ou *excludendi* com o único objetivo de impedir o exercício daquele direito. Tratando-se aí de uma violação do direito à liberdade religiosa, o Estado deverá ser impedido de exercer os referidos poderes estaduais, reconhecendo-se derivadamente um direito de

---

<sup>2728</sup> Sobre a proteção do direito à liberdade religiosa, em geral, pelos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, v., *inter alia*, HENRY J. STEINER & PHILIP ALSTON, *International Human Rights in Context...*, p. 445 e ss., FREDERIC SUDRE, *Droit Européen...*, p. 509 e ss.,

<sup>2729</sup> Dec. de 19/03/1981, *Omkananda and the Divine Light Zentrum c. Suíça*, queixa n.º 8118/77. V. ainda a dec. de 20/12/2007, *El Majaoui e Stichting Touba Moskee c. Holanda*, queixa n.º 25525/03. Para mais desenvolvimentos, v. JOÃO MADUREIRA, “La Jurisprudence...”, p. 166.

<sup>2730</sup> Dec. de 08/11/2007, *Perry c. Letónia*, queixa n.º 30273/03.

<sup>2731</sup> Dec. de 12/02/2009, *Nolan e K. c. Rússia*, queixa n.º 2512/04.

imigração ao estrangeiro. A leitura do art. 41.º da Constituição, cujo n.º2, em particular, estipula que «ninguém pode ser perseguido, privado de direitos ou isento de obrigações ou deveres cívicos por causa das suas convicções ou prática religiosa», deve ser lido à luz das considerações acabadas de expor.

#### 4.10. DIREITO DE PROPRIEDADE<sup>2732</sup>

Alguma doutrina refere ainda uma obrigação de os Estados se absterem de expulsar estrangeiros nos casos em que a expulsão visa a privação do direito de propriedade, como por exemplo, nos casos em que a expulsão tem como objetivo uma expropriação<sup>2733</sup>. Este é, inclusivamente, um dos exemplos que se usam tradicionalmente para ilustrar a possibilidade de abuso do direito de expulsão. No entanto, a existência de propriedade privada no território também não tem sido considerada como comportando limites ao *ius excludendi*.

Nos casos *Ilíc c. Croácia* e *Georgia c. Rússia*, o TEDH não considerou que as expulsões de estrangeiros que possuíam propriedade no território tinham acarretado violação do direito à propriedade privada protegido pelo art. 1.º do Protocolo n.º 1 anexo à CEDH<sup>2734</sup>. Note-se, porém, que o TEDH não afastou por princípio essa possibilidade, considerando apenas que, nos casos, os recorrentes não haviam feito prova suficiente das suas alegações.

No caso *Gillow c. Reino Unido*, o TEDH analisou uma queixa respeitante à violação do direito de os estrangeiros acederem à sua própria casa. O Tribunal considerou que tinha existido violação do art. 8.º por ter sido recusada a um casal uma autorização de residência que lhes permitiria regressar ao país e viver na casa de que eram proprietários, construída pelos mesmos há vinte anos<sup>2735</sup>. Note-se, porém, que, nesse caso, estava em causa o acesso ao domicílio, que merece proteção especial enquanto elemento central da vida privada do recorrente, distinguindo-se do direito de propriedade do bem material em causa<sup>2736</sup>. Tanto assim é que o direito tido como violado foi o art. 8.º, na vertente de “vida privada”, e não o direito de propriedade privada, protegido pelo art. 1.º do Protocolo n.º 1 anexo à CEDH.

Tal como referimos nos casos de proteção dos direitos de liberdade de expressão e de liberdade religiosa, consideramos que também o direito de propriedade (entre nós protegido pelo art. 62.º da CRP) pode comportar limites ao *ius includendi et excludendi* se o exercício desse poder tiver como finalidade, precisamente, uma expropriação ilegal, por constituir uma violação do direito de propriedade privada do expulsando<sup>2737</sup>. Não obstante, a existência de propriedade privada no território não garante, por si só, um direito do estrangeiro a não ser expulso ou a entrar no mesmo.

---

<sup>2732</sup> Sobre o direito a propriedade como um direito humano, v. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Direito Internacional...*, p. 176 e 253 e ss., FREDERIC SUDRE, *Droit Européen...*, p. 569 e ss.

<sup>2733</sup> KARL DOEHRING, “Aliens, Expulsion and Deportation...”, p. 111.

<sup>2734</sup> Dec. de 19/09/2000, *Ilíc c. Croácia*, queixa n.º 42389/98 e dec. de 03/07/2014, *Georgia c. Rússia*, queixa n.º 13255/07.

<sup>2735</sup> Dec. de 24/11/1986, *Gillow c. Reino Unido*, queixa n.º 9063/80.

<sup>2736</sup> Assim, entre nós, a jurisprudência do Tribunal Constitucional. V. Ac. n.º 590/2004, de 06/10/2004, onde se escreveu: «o direito à habitação (...) constitui uma decorrência da dignidade da pessoa humana, afigurando-se indispensável para a efetivação de outros direitos fundamentais, tais como a reserva da intimidade da vida privada».

<sup>2737</sup> JEAN-MARIE HENCKAERTS, *Mass Expulsion...*, p. 44.

#### 4.11. SÍNTESE CONCLUSIVA

Como se acabou de analisar, as manifestações de proteção derivada de direitos fundamentais de imigração são variadas, podendo decorrer de diversos direitos humanos da titularidade do estrangeiro. Alguns desses casos começam a generalizar-se. Assim, a proteção do direito à vida, do direito da criança à proteção do Estado e de outros direitos de proteção estadual, como o de proteção do trabalhador ou das vítimas de certos crimes. Outros, apesar de constituírem limites ao *ius includendi et excludendi*, não oferecem justificação suficiente para a afirmação de direitos de imigração porque não necessitam, para se efetivarem, de *residência* no território. Está nessa situação, por exemplo, o direito a participar em processos judiciais em curso ou a exercer pontualmente o direito à liberdade de expressão. Noutros casos, não basta ao estrangeiro invocar pretender exercer determinado direito no território para que lhe seja reconhecido, como decorrência, um direito derivado de imigração. Esse é o caso, por exemplo, do direito à educação, do direito a trabalhar, do direito à liberdade de expressão, do direito à liberdade religiosa (ainda que reclamem uma atividade duradoura), ou do direito à propriedade privada. Nestes últimos casos são necessárias circunstâncias adicionais para se reconhecer que a proteção dos mesmos exige o reconhecimento de direitos de imigração.

Terminado este excuro, em que analisámos os casos já reconhecidos pelo direito positivo, bem como as manifestações em surgimento de proteção de direitos derivados de imigração, cumpre agora ensaiar uma teoria geral sobre os mesmos, que especifique quais são, normalmente, as condições para o seu surgimento, e que os caracterize em geral.



## CAPÍTULO III

# BASES PARA UMA TEORIA GERAL E PARA UM ENQUADRAMENTO CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO DERIVADA DE DIREITOS DE IMIGRAÇÃO

Após a análise de vários casos em que hoje se reconhece, de forma mais ou menos pacífica, a proteção derivada de direitos de imigração, é altura de ensaiar as bases que podem desenvolver uma teoria geral sobre a mesma. Serão dois os aspetos a estudar. Em primeiro lugar, traçaremos breves notas para uma “teoria geral da proteção derivada de direitos de imigração”, que aborde as condições para o seu surgimento, bem com a caracterização dos direitos de imigração derivadamente protegidos. Num segundo ponto, iremos analisar a possibilidade de enquadramento dessa teoria no âmbito da doutrina constitucional portuguesa, e caracterizar a proteção de direitos de imigração no contexto constitucional.

### 1. CONDIÇÕES PARA O SURGIMENTO E CARACTERIZAÇÃO GERAL DA PROTEÇÃO DERIVADA DE DIREITOS DE IMIGRAÇÃO

Neste primeiro ponto pretendemos delinear breves notas que podemos retirar da análise dos vários casos de proteção derivada de direitos de imigração: em primeiro lugar, veremos quais são, em geral, as condições necessárias para que exista uma proteção derivada de direitos de imigração (1.1.). Em segundo lugar, caracterizaremos os direitos de imigração assim garantidos, os quais constituem, por um lado, “direitos derivados” e, por outro, “direitos subjetivos” (1.2.). Importa, depois, enunciar os deveres estaduais que correspondem aos direitos derivados de imigração (1.3.) e, finalmente refletir de que forma o reconhecimento desses direitos se reflete na conceção tradicional do *ius includendi et excludendi* (1.4.).

#### 1.1. CONDIÇÕES PARA A PROTEÇÃO DERIVADA DE DIREITOS DE IMIGRAÇÃO

Um direito derivado de imigração apenas será protegido depois de se verificarem algumas condições (1.1.1.). Verificadas as mesmas, ainda assim podem intervir interesses públicos prevaletentes que justifiquem uma restrição legítima do mesmo (1.1.2.).

##### 1.1.1. Condições para o surgimento do direito

A afirmação contemporânea da proteção derivada de direitos de imigração é feita no contexto da afirmação, paralela, do princípio do *ius includendi et excludendi*. Assim, como já se referiu, no direito positivo não se reconhece ainda um direito à imigração *tout court*, mas sim direitos de imigração (*i.e.*, elementos de um direito *tout court*) enquanto *corolários* (*direito-meio*) reclamados para a garantia efetiva de um direito humano de que o estrangeiro seja titular (*direito-fim*). Deste modo, a proteção derivada de direitos de imigração estará sujeita, em princípio, à verificação de vários pressupostos.

Em primeiro lugar, é necessário demonstrar que o estrangeiro é titular de um determinado direito humano: ou porque esse direito é especificamente garantido a estrangeiros, ou porque dele beneficiam todos os seres humanos, por força do princípio da universalidade, da igualdade, da não discriminação, ou da equiparação, estudados na Parte II da presente dissertação.

Em segundo lugar, há que demonstrar que, para a garantia desse direito, é necessário reconhecer-se um derivado de imigração. *I.e.*, o estrangeiro tem de demonstrar que o primeiro direito (*direito-fim*) só poderá ser eficazmente protegido se lhe for reconhecido um direito de entrar ou permanecer no território estadual, ou à titularidade de um estatuto legal (*direito-meio*). De facto, na falta de reconhecimento de um direito à imigração *tout court*, parece-nos que o requisito da *necessidade* de entrada, de permanência ou de estatuto legal no território *de forma a poder efetivar-se o direito* de que se beneficia é um requisito inultrapassável para o reconhecimento de direitos derivados de imigração. Assim, seguidamente à invocação da *titularidade* do direito-fim há que se invocar a *instrumentalidade* do direito-meio.

Ora, é neste segundo requisito que se têm feito sentir as maiores limitações ao reconhecimento de uma proteção derivada de direitos de imigração. De facto, como se teve oportunidade de analisar, são ainda restritos os casos em que se considera que um direito de imigração *se afigura necessário* para se efetivar um outro direito fundamental. Desde logo, este requisito, levado às últimas consequências, pode desembocar na já referida teoria do “local de residência alternativo”, afirmada no contexto da proteção da vida familiar e privada, e que tem sido alvo de várias críticas. Com efeito, considerar que um *direito-meio* de imigração é abrangido pelo âmbito de proteção de outro direito *nos casos em que se revelar necessário para a efetividade do mesmo*, não significa, no nosso entender, remetê-lo para um corolário de *ultima ratio*. Em alguns casos, a presença no território do Estado pode integrar o próprio conteúdo concreto do direito-fim, pelo que não faz sentido indagar-se por um local alternativo onde o estrangeiro o possa levar a cabo. É o que se passa no caso da proteção da vida privada, onde estão em causa laços com um território específico, bem como da vida familiar, em que o local do lar pode integrar o próprio conteúdo da vida familiar concreta. Aliás, consideramos que, nestes casos, compete em primeiro lugar ao Estado sob cuja jurisdição o estrangeiro se colocou respeitar o direito em causa. Como tivemos oportunidade de escrever<sup>2738</sup>, a teoria do “local de residência” alternativo remete para uma desresponsabilização do Estado, que se escuda no facto de poder existir outro Estado que pode respeitar o referido direito. Por outro lado, não garante que a proteção do indivíduo venha a ser conferida, já que essa resposta ficaria sempre dependente das autoridades do Estado do “local alternativo”<sup>2739</sup>.

Um Estado será ainda responsável por garantir direitos de imigração nos casos em que pretende exercer o *ius includendi et excludendi* apenas com o intuito de desrespeitar um direito fundamental de que o estrangeiro seja titular, como se passa com o direito à propriedade ou à liberdade de expressão. Nesses casos, o estrangeiro beneficiará de uma proteção derivada

---

<sup>2738</sup> Cf. *supra*, ponto 2.2.5. do Capítulo II da presente Parte.

<sup>2739</sup> O TC referiu essa mesma ideia no que toca à exclusão de estrangeiros do exercício da atividade profissional dos marítimos: «não se contra-argumente, em face do condicionamento criticado, disporem os estrangeiros, aos quais não seja permitido efetuar pedido de inscrição marítima junto das autoridades nacionais, de alternativa, a qual seja de desencadear, noutro país (...) um processo de reconhecimento da formação legalmente exigida para o exercício da atividade profissional dos marítimos, obtida em Portugal. Não procede semelhante argumento porquanto, para além da onerosidade que representa, para os interessados, uma tal alternativa, a mesma consubstancia hipótese cuja resposta fica, em última instância, na dependência da legislação e das autoridades do próprio país em que se pretenda obter o referido reconhecimento» (Ac. n.º 96/2013, de 19/02/2013).

de um direito de imigração (*v.g.*, através da proibição de aplicação de uma medida de expulsão), se o exercício do poder soberano do Estado tiver precisamente como objetivo a *privação* de um direito por si beneficiado<sup>2740</sup>. Porque se pretende usar a expulsão ou recusa de entrada para violar o *direito-fim*, então a *proibição* de expulsão ou recusa de entrada são necessários para que esse direito-fim seja respeitado. Também neste caso se pode falar de instrumentalidade pois, caso não se esteja perante uma situação de *violação intencional* do *direito-fim* correspondente, não bastará ao estrangeiro simplesmente invocar pretender exercer no território o direito à liberdade religiosa, por exemplo, para ter um direito a entrar no mesmo.

Por fim, o direito de imigração pode ainda ser um direito-meio nos casos em que o estrangeiro necessita de proteção internacional e se coloca sob a jurisdição do Estado. Esse é o campo por excelência do direito de asilo ou da proteção subsidiária, que estão fora do âmbito da presente tese. Mas podem ainda existir situações análogas, que reclamem uma espécie de “proteção internacional” do Estado. Estará nesse caso o direito da criança estrangeira à proteção do Estado, ou do estrangeiro que não pode ser expulso por força do princípio da proibição de tortura ou tratamentos cruéis ou desumanos ou degradantes, bem por ter sido vítima de certos crimes no território.

### 1.1.2. Possibilidade de restrições do direito

Cumpridas as condições até agora alcançadas, *i.e.*, o estrangeiro invocar a titularidade de um determinado direito humano, e demonstrar que a entrada ou permanência no território, ou a obtenção de um estatuto legal, são condição de gozo ou de respeito pelo mesmo, ele beneficiará *prima facie* de direitos derivados de imigração.

Ora, alguns direitos humanos são protegidos de forma absoluta, pelo que se reclamarem, para a sua efetivação, a proteção de um direito-meio de imigração, não poderá haver qualquer restrição ao exercício deste último. Está nessa situação, por exemplo, o direito a não ser submetido a tortura, ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Já diverso será o caso em que o direito de imigração é reconhecido para salvaguarda de um direito-fim restringível.

No caso dos direitos restringíveis, o direito de imigração pode ser também ele restringido, se isso for necessário para salvaguardar outros direitos ou bens públicos conflitantes. Estaremos, porém, num segundo nível: o do conflito de direitos ou bens. Não é demais sublinhar que a possibilidade de restrições atua nesse segundo nível, quando já se considerou que ser o estrangeiro titular *prima facie* de um direito de imigração<sup>2741</sup>. As considerações relativas a bens públicos conflitantes são irrelevantes para determinar a *possibilidade de reconhecimento* de direitos derivados de imigração, que só depende das condições atrás expostas. Uma vez reconhecido esse direito na esfera do estrangeiro, é que num segundo momento poderá intervir a limitação ou restrição do mesmo, por força da necessidade de salvaguarda de outros direitos ou interesses conflitantes, o que terá de ser feito no respeito dos princípios respeitantes à ponderação de bens em conflito.

Ora, o que se deve ponderar com os interesses conflitantes é, então não o *direito-meio*, mas sim o *direito-fim*, com o qual outro bem entra em conflito. De facto, o direito de imigração é apenas o instrumento que serve para efetivar o direito-fim. Tal como a *recusa de entrada* ou a *expulsão* é o instrumento que visa efetivar a garantia do direito ou bem público conflitante.

<sup>2740</sup> Esse foi, aliás o caso subjacente ao Ac. do TJ de 08/10/1975, *Rutili*, proc. n.º 36/75, em que estava em causa o exercício de direitos sindicais.

<sup>2741</sup> Seguimos, assim, em parte, a conceção de ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*..., p. 252.

Assim, o que se deve ponderar é, por exemplo, o direito ao respeito pela vida familiar com a necessidade de salvaguarda do valor segurança nacional, e não o direito a permanecer no território com a medida de expulsão. Pondera-se, enfim, “bem com bem” e não “meio com meio”.

Finalmente, a operação de ponderação está sujeita ao respeito pelos princípios aplicáveis neste contexto, como o princípio da proporcionalidade nas suas várias vertentes. Esses princípios estão consagrados, em especial, no art. 8.º, n.º 2 da CEDH, no art. 52.º da CDFUE, e no art. 18.º, n.º 2 da CRP.

A regulação da imigração, através da imposição de condições para a entrada ou permanência no país pode consubstanciar uma dessas limitações<sup>2742</sup>. Por exemplo, a exigência, para efetivação do reagrupamento familiar, de um nível mínimo de rendimentos, ou mesmo a adoção de um determinado conceito de família, a imposição de um tempo de espera, ou a necessidade de cumprimento de medidas de integração traduzem-se em *restrições* ao direito à vida familiar<sup>2743</sup>. A aplicação de uma pena acessória de expulsão, quando o estrangeiro viva de forma estável em Portugal, traduz-se, por seu turno, numa restrição ao seu direito à vida privada.

Para que essas restrições possam ser consideradas legítimas, têm de respeitar vários princípios. De uma forma geral, as mesmas devem estar previstas na lei, a qual deve oferecer as características de clareza e determinabilidade, devem alicerçar-se em fins legítimos, e não ser excessivas, respeitando necessariamente o princípio da proporcionalidade. Devem, por sim, deixar intocado o núcleo essencial do direito-fim.

## 1.2. CARACTERIZAÇÃO DO “DIREITO DERIVADO” DE IMIGRAÇÃO

### 1.2.1. Direito “derivado”

O direito de imigração é reconhecido, como se viu, enquanto *um meio, um instrumento* ao serviço da realização ou efetivação de um outro direito - o *direito-fim*, que é expressamente

---

<sup>2742</sup> Neste contexto, merece especial referência o estudo de STEPHEN LEGOMSKI, “Rationing Family Values...”, que procede a uma sistematização das várias restrições possíveis à imigração. O autor refere que os Estados podem restringir a imigração por motivos qualitativos, ou quantitativos. No primeiro caso, os Estados procedem a uma seleção dos *tipos de imigrantes* que pretendem nos seus territórios, de acordo com as características pessoais de cada um. O segundo tipo visa, pura e simplesmente, racionar a quantidade de pessoas que entra num determinado Estado num determinado momento. No que toca às restrições qualitativas, conta-se, desde logo, a exigência de recursos económicos suficientes, a existência de alojamento adequado e de seguro de saúde. O autor cataloga a fixação de idades mínimas de entrada como uma restrição quantitativa, embora consideremos que se trata mais de uma restrição qualitativa, por dizer respeito às características do imigrante em causa. A eventual ameaça que o imigrante possa representar para a ordem pública constitui também uma restrição qualitativa. Para além das restrições qualitativas, o autor descreve os vários tipos de restrições quantitativas, destinadas à redução do número de imigrantes. Estas podem ser diretas ou indiretas. A mais comum é o estabelecimento de um número fixo, de uma quota de admissão de imigrantes por um determinado período de tempo. Podem depois ser adotadas várias técnicas que se traduzem em redução do número de imigrantes, e que podem estar ligadas ao procedimento de entrada no território. Assim, a cobrança de taxas elevadas, que pode dissuadir uma percentagem de pessoas a imigrar.

<sup>2743</sup> Nesse sentido, também RYSZARD CHOLEWINSKI, *Migrant Workers...*, p. 335.

reconhecido aos estrangeiros nos instrumentos normativos analisados<sup>2744</sup>. Ele é objeto, assim, de uma proteção derivada, resultante da proteção de outro direito fundamental de que o estrangeiro beneficia, e que reclama o reconhecimento do primeiro para se efetivar. FLAUSS chama a este tipo de proteção dos direitos de imigração uma estratégia de «*contournement*»<sup>2745</sup>. Alguns autores referem que através deste sistema se leva a cabo uma «proteção indireta do estrangeiro»<sup>2746</sup>. Mas não é rigorosamente assim. As normas de proteção dos direitos humanos protegem *diretamente* os direitos fundamentais da titularidade do estrangeiro, como se viu na Parte II. O que ocorre, diferentemente, é uma proteção de um direito que essas normas não lhe reconhecem - *o direito de imigração* -, *por mediação* (proteção derivada) de outros direitos. Assim, o que se verifica não é uma extensão do campo de aplicação *subjetivo* das normas de proteção dos direitos humanos - já que as mesmas se aplicam a estrangeiros -, mas sim um desenvolvimento *objetivo* do âmbito de proteção de determinados direitos a modalidades de ação que as respetivas normas não preveem expressamente.

O direito de imigração que assim é reconhecido é um *direito derivado* da proteção do direito-fim. Ele está umbilicalmente ligado ao direito que visa efetivar, pelo que segue os destinos dele. Em particular, a qualificação do concreto direito derivado de imigração como relativo ou absoluto segue a qualificação que, nesse contexto, merece o direito-fim a garantir.

### 1.2.2. Direito derivado “de imigração”

Nos casos estudados, o direito derivadamente protegido não é um *direito à imigração* na sua plenitude, como compreendendo o acesso livre ao território, e envolvendo simultaneamente as faculdades de entrada, permanência e obtenção de estatuto legal no mesmo.

Desde logo, serão apenas protegidas algumas faculdades que podem fundar a residência num país estrangeiro, como referimos nas considerações prévias<sup>2747</sup>. De facto, em geral, a efetivação dos direitos-fim apenas reclama em concreto a proteção de uma das faculdades desse direito. Assim, por exemplo, em geral, apenas se garante um direito à permanência no caso da proteção da vida privada, e não o direito a entrar no território pela primeira vez. O mesmo se diga, de resto, no que toca à proteção de direitos derivados de imigração para efetivação do direito a não ser submetido a tortura ou outros tratamentos desumanos e degradantes. Em alguns casos, porém, a garantia do direito-fim pode reclamar a proteção das três faculdades mencionadas. Assim, o caso da unidade familiar, que pode reclamar não só o direito à entrada (via reagrupamento familiar), mas também à não expulsão e à proteção de um estatuto legal no território.

---

<sup>2744</sup> A proteção derivada de direitos de imigração tem sido afirmada sobretudo no contexto do respeito por direitos consagrados nos instrumentos de proteção dos direitos humanos. No entanto, algumas formulações parecem retirar essa possibilidade ainda do direito internacional geral ou comum. Assim, RAINER ARNOLD refere na *Enciclopédia de Direito Internacional* do Max Planck Institute que a recusa de entrada de um estrangeiro no território pode violar o direito internacional geral ou comum, ou princípios gerais de direito tais como o princípio da proibição de discriminação ou a proibição do abuso de direito. Cf. “Aliens”, p. 104. Na mesma obra, contudo, KARL DOEHRING parece limitar um eventual reconhecimento de um dever de admitir estrangeiros no território à necessidade de os Estados respeitarem os tratados internacionais a que se vincularam. Cf. “Aliens, Admission...”, p. 108.

<sup>2745</sup> JEAN-FRANÇOIS FLAUSS, “L’Étranger, entre Souveraineté...”, p. 52.

<sup>2746</sup> Assim, CHRISTEL COUNIL, *Le Statut Interne...*, p. 361.

<sup>2747</sup> Cf. *supra*, Considerações Prévias, ponto 1.1.2.

Por outro lado, importa também mencionar que o reconhecimento, aqui feito, de direitos derivados de imigração, se faz no ainda quadro do reconhecimento paralelo do *ius includendi et excludendi*, e da compreensão dos Estados enquanto entidade territorial – que expressamente assumimos não pretender por em causa<sup>2748</sup>. Assim, o que reconhecemos são *direitos de imigração*, em que o Estado é obrigado a autorizar a residência, mas não um *direito geral de liberdade de movimentos*, em que poderia haver livre acesso aos territórios estaduais por inexistirem quaisquer controlos estaduais. Assim, alguns direitos derivados necessitam, para se efetivarem, de ato estadual: por exemplo, de autorização de entrada, ou de obtenção de título legal.

### 1.2.3. Direito subjetivo

Os direitos derivados de imigração, sendo embora direitos-meio destinados a garantir um direito-fim, revestem, com este, a natureza de direitos subjetivos<sup>2749</sup>. Sem pretender entrar no complexo debate referente ao conceito de direito subjetivo público, sempre poderemos dizer, com VIEIRA DE ANDRADE, que a referida figura corresponde a um poder ou uma faculdade destinada à realização de interesses próprios dos titulares, e que «se traduzirá sempre no poder de exigir ou de pretender comportamentos (positivos ou negativos) ou de produzir autonomamente efeitos jurídicos»<sup>2750</sup>. O reconhecimento dessa natureza no que toca aos direitos de imigração tem consequências muito relevantes, desde logo no que respeita à exigibilidade dos mesmos. Tal qualificação implica, desde logo, distingui-los, como sublinha LOUIS HENKIN<sup>2751</sup>, de simples apelos à graça, à solidariedade, à caridade, à fraternidade, ou à hospitalidade.

O reconhecimento de direitos derivados de imigração através da proteção derivada de outros direitos fundamentais coloca, assim, a imigração no contexto dos *direitos oponíveis e exigíveis* ao Estado. Assim, nos casos concretos em que tais direitos sejam desrespeitados, os particulares podem sindicá-los judicialmente tal violação. Por outro lado, a caracterização desses direitos como *direito subjetivos* implica o reconhecimento de *vários deveres correlativos* do Estado, a quem incumbe garantir a realização do direito de imigração, de forma a respeitar o direito-fim que o mesmo visa efetivar.

### 1.3. DEVERES ESTADUAIS CORRESPONDENTES

De forma a respeitar e garantir um direito derivado de imigração, o Estado-administração (ou o Estado-juiz, em sede de recurso das decisões da administração ou em aplicação de medidas judiciais em matéria de entrada e permanência de estrangeiros) pode ficar vinculado a autorizar a entrada no território, a abster-se de expulsar (ou a permitir a permanência no território), ou ainda a conceder determinado estatuto legal a um estrangeiro.

---

<sup>2748</sup> Cf. Parte I, Capítulo IV, ponto 4.

<sup>2749</sup> Sobre este conceito no contexto da doutrina dos direitos fundamentais v., por todos, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 111 e ss.

<sup>2750</sup> JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 112.

<sup>2751</sup> LOUIS HENKIN, “The Human Rights Idea...”, p. 8.

Desde logo, o Estado pode ficar vinculado a permitir a entrada no território de estrangeiros, através da concessão de um título de residência<sup>2752</sup>. Isso sucederá nos casos de reagrupamento familiar, por exemplo. Nesse caso, o Estado pode ficar vinculado a autorizar a entrada de estrangeiros que não possuem qualquer vínculo com a sua sociedade, para além do vínculo com um membro da família aí pré-estabelecido. Não significa isto que apenas nos casos de reagrupamento familiar exista um direito de imigração na modalidade “direito de entrada no território”. Primeiro, porque o direito à vida privada pode exigir, por exemplo, um direito à reentrada ou a *regressar*, depois de o estrangeiro se ter ausentado do seu país de residência, com o correspondente dever de o Estado autorizar essa reentrada<sup>2753</sup>. Depois, algumas manifestações de proteção derivada que se encontram em surgimento podem ainda reclamar um dever estadual de aceitar estrangeiros no território. Esse pode ser o caso, por exemplo, do direito da criança à proteção do Estado, nos casos de crianças que cheguem desacompanhadas e em que não seja possível localizarem-se os familiares respetivos.

Seguidamente, os direitos derivados de imigração pode exigir um dever correlativo de abstenção de expulsão, de forma a salvaguardar o direito-fim. Tal dever pode incumbir ao Estado-administração e também ao Estado-juiz, quer em sede de recurso judicial das decisões administrativas, quer ainda em sede de aplicação de medidas judiciais de expulsão.

Um direito derivado de imigração na vertente de direito de permanência, com o correspondente dever de abstenção de expulsão tem sido protegido de forma mais alargada. Desde logo, é o meio por excelência para se proteger um direito a não ser sujeito a tortura ou tratamentos desumanos ou degradantes no país de origem. É, ainda, também o meio por excelência para se conceder proteção à vida privada do estrangeiro já que, neste caso, está em causa a proteção da *manutenção* dos laços desenvolvidos com a sociedade do Estado de acolhimento. Também nos casos de proteção da unidade familiar se tem protegido mais eficazmente um direito a permanecer no território do que um direito a entrar pela primeira vez no mesmo, igualmente devido aos laços familiares aí já existentes. Por fim, nos casos em que a salvaguarda dos direitos fundamentais do estrangeiro faz com que surja, na esfera do mesmo, um direito derivado de imigração que reclama uma “proteção do Estado” no qual o mesmo se encontra, o mesmo implicará também, na maioria das situações, um dever correlativo *de não expulsar*. Estará ainda nessa situação a criança que não pode ser expulsa do território por estar a prosseguir estudos no mesmo, aí ter acompanhamento adequado e não possuir no país de origem quem possa cuidar dela, ou do trabalhador que aí sofreu acidente de trabalho. Por fim, outros casos que podem fazer surgir, na esfera do Estado, um dever de abstenção de expulsão são ainda aqueles em que o mesmo usa o *ius excludendi* com o fim de privar o estrangeiro de gozar um direito humano de que é titular. É o caso do direito de propriedade, ou do exercício de liberdade de expressão. Nesse caso, a efetiva proteção do direito-fim exige uma abstenção da medida que atenta ao exercício do mesmo, e que é a medida de afastamento do território. No entanto, também nessas situações, caso o Estado

---

<sup>2752</sup> Entendemos, neste contexto, “título de residência” em sentido lato, como qualquer título renovável ou permanente, que autorize o estrangeiro a residir ou permanecer no território.

<sup>2753</sup> Neste contexto, importa lembrar a célebre e já referida decisão da Supreme Court dos EUA no *Chinese Exclusion Case*, em que estava em causa, precisamente, a proibição de reentrada no território norte-americano de cidadãos chineses, que aí residiam, e que se tinham ausentado do mesmo para visitarem o país de origem. Defendendo semelhante direito, v. ainda LUÍS SILVEIRA, que defende o reconhecimento de uma «garantia do direito a regresso após a saída, por períodos adequados, por razões de saúde, de visita à família, de férias ou de serviço militar». Cf. “O Acolhimento...”, p. 227. Consideramos, porém, que o respeito pela vida privada em toda a sua plenitude implica que não se exija proteção do direito à reentrada apenas quando estiverem em causa saídas por *específicos motivos justificados e taxativos*. A conciliação do respeito à vida privada com o direito a sair de qualquer país, de resto, assim o exige.

pretenda recusar a entrada de um estrangeiro no território com o único objetivo de impedir ilegítimamente o exercício de um direito fundamental (*v.g.*, direito de liberdade de expressão), pode ser reconhecido um direito à entrada para que esse direito seja respeitado.

Finalmente, a proteção dos direitos-fim pode impor ainda o reconhecimento de um direito derivado de imigração na modalidade “obtenção de estatuto legal”. A necessidade de obtenção de estatuto legal pode ocorrer em várias situações. Desde logo, quando o estrangeiro, não podendo embora ser expulso, não possui tal estatuto. Nessas situações, estando o Estado vinculado a permitir a permanência do mesmo no seu território, terá também o dever de conceder ao estrangeiro um estatuto legal. De facto, como já se referiu, sem esse estatuto, na prática, o estrangeiro dificilmente poderá atuar em sociedade, e exercer os direitos de que é titular<sup>2754</sup>. Ora, nos casos em que um estrangeiro não pode ser expulso, a concessão de um estatuto legal deve ser vista como um corolário necessário do seu direito derivado a permanecer no território.

Sabemos que é particularmente controverso falar de um “dever de regularização”. No entanto, apenas pretendemos referir-nos à regularização do estatuto administrativo enquanto instrumento necessário para a salvaguarda de determinados direitos fundamentais, *i.e.*, nos casos em que deve ser reconhecido um direito derivado de imigração, e não enquanto instrumento de política de imigração<sup>2755</sup>. Assim, neste contexto estará sempre em causa necessariamente um direito individualizado, pelo que não cabem, no âmbito desta dissertação, o estudo das chamadas “regularizações em massa”<sup>2756</sup>. No presente contexto, um dever de regularização visa, pois, referir-se a uma proteção individualizada, pelo facto de determinada pessoa gozar de um direito humano que carece, para a sua efetivação, da sua presença no território<sup>2757</sup>.

Por outro lado, falar de um “dever de regularização” é ainda mais delicado do que falar num dever de autorizar a entrada ou de um dever de abstenção de expulsão. E assim é porque o mesmo corresponde ao dever de conceder um estatuto legal a uma pessoa que violou as leis de imigração do Estado ou que está em situação de violação dessas leis. É por isso que alguma doutrina refere que um “direito à regularização” é uma contradição nos seus próprios

---

<sup>2754</sup> Assim, COMITÉ EUROPEU DE DIREITOS SOCIAIS, Conclusões 2011, Introdução Geral, p. 9. Cf., sobre o estatuto legal como «um direito a ter direitos», v. a Parte II, Capítulo I, ponto 2.2.

<sup>2755</sup> Sobre a problemática da regularização enquanto instrumento de política de imigração v. *inter alia*, JOANNA APAP, PHILIPPE DE BRUYCKER, & CATHERINE SCHMITTER, *Regularisations of Illegal Aliens...*, KAY HAILBRONNER, *Immigration and Asylum...*, p. 15, RYSZARD CHOLEWINSKI, “Control of Irregular Migration...”, p. 928, e, do mesmo autor, “The EU Acquis on Irregular Migration...”, p. 171, STEPHEN LEGOMSKY, “Portraits of the Undocumented Immigrant ...”, p. 2 e ss., GREGOR NOLL, “Why Human Rights...”, ANNA BLUS, “Beyond the Walls of Paper...”, p. 416 e ss. A Comissão Europeia já se debruçou sobre a questão em várias iniciativas. Veja-se, a título de exemplo, a Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões - Estudo sobre as relações entre a imigração legal e a imigração clandestina COM (2004) 412 final, e a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões «Uma política comum de imigração para a Europa: princípios, ações e instrumentos» COM (2008) 359 final, nos termos da qual as regularizações em larga escala devem ser evitadas, reservando-se o instrumento apenas para situações individuais (justificadas, nomeadamente, por razões humanitárias e económicas), baseadas em critérios transparentes e justos. Essa ideia foi ainda promovida pelo Pacto Europeu de Imigração e Asilo (Conselho da UE, 24 de setembro de 2008).

<sup>2756</sup> Sobre este conceito, v. JOANNA APAP, PHILIPPE DE BRUYCKER, & CATHERINE SCHMITTER, *Regularisations of Illegal Aliens...*, p. 3. V., entre nós, sobre «política de regularização», HELENA RATO, “A regularização dos imigrantes... », p. 110.

<sup>2757</sup> JOANNA APAP, PHILIPPE DE BRUYCKER, & CATHERINE SCHMITTER, *Regularisations of Illegal Aliens...*, p. 6.



termos<sup>2758</sup>. Assim, durante muito tempo, a regularização foi encarada como um poder soberano ainda mais especial que o *ius includendi et excludendi*, já que, para além de estar intimamente ligada a estes (decorrendo, aliás, de uma falha da efetivação do *ius includendi*), a medida de regularização era ainda encarada como um ato de graça, assemelhando-se a uma espécie de *amnistia* do Estado que a concedia<sup>2759</sup>. Neste contexto, a jurisprudência do TEDH afirmava tradicionalmente que as pessoas que, violando as regras em vigor, confrontavam as autoridades nacionais com a sua presença no território, como um facto consumado, não podiam invocar uma expectativa de que lhes viesse a ser concedido um direito a permanecer no território<sup>2760</sup>.

Esta jurisprudência começou depois a ser relativizada. Para isso contribuíram vários fatores. Em primeiro lugar, o campo de aplicação dos direitos garantidos pela CEDH que, como se viu na Parte II, abrange todas as pessoas na jurisdição do Estado, incluindo os imigrantes em situação ilegal. Seguidamente, o próprio desenvolvimento da doutrina da proteção derivada de direitos de imigração. Esse desenvolvimento foi, inicialmente, potenciado pelas opiniões separadas de vários juízes do TEDH. Foi o caso do juiz IRENEU CABRAL BARRETO, que, na opinião concordante no caso *H.L.R. c. França* (em que o TEDH considerou que a expulsão do estrangeiro era contrária ao art. 3.º da CEDH), afirmou que, para se assegurar um respeito efetivo e pleno da Convenção era necessário algo mais que a simples abstenção de expulsão. Caso contrário, o recorrente iria permanecer ilegal no território, impossibilitado de trabalhar ou de beneficiar de proteção social. Mais referiu que a falta de regularização do seu estatuto poderia levar a uma violação de outros direitos garantidos pela CEDH, nomeadamente do art. 8.º, já que o estrangeiro ficaria impossibilitado de levar a cabo uma vida privada e familiar normal. Neste ponto é ainda importante ter presente os desenvolvimentos do já referido caso *Abmed c. Áustria*, em que estava também em causa uma proibição de expulsão para salvaguarda do art. 3.º da CEDH. Na sequência da decisão do TEDH, o Estado não expulsou o estrangeiro, mas também lhe não concedeu qualquer título de residência, tendo o mesmo permanecido no país vários meses sem proteção social ou meios para se sustentar, acabando por cometer suicídio.

Ora, como se teve oportunidade de analisar, ultimamente o TEDH tem assentido que a salvaguarda de alguns direitos garantidos na CEDH pode levar, de facto, ao reconhecimento de um direito de obtenção de um *estatuto legal específico*<sup>2761</sup>. Em alguns casos, tal reconhecimento foi, inclusivamente, mais longe do que a afirmação de um direito ao estatuto legal em casos de proibição de expulsão, chegando a abranger a necessidade de atribuição de um *título específico* ou dotado de uma *determinada estabilidade*<sup>2762</sup>.

No nosso entender, julgamos que, de facto, pode-se falar, em alguns casos, de um *dever estadual de regularização*. Isso sucederá nos casos em que o estrangeiro não pode ser expulso. Tal direito à regularização ou à obtenção de estatuto legal permite que o direito-fim que se pretende garantir fique salvaguardado e, por outro lado, que o estrangeiro possa atuar em sociedade e exercer outros direitos fundamentais. Caso contrário, deixar o estrangeiro no espaço do “não direito” pode levar, por um lado, a uma proteção não efetiva do direito-fim,

<sup>2758</sup> *Idem*, p. 26.

<sup>2759</sup> *Idem*, p. 7.

<sup>2760</sup> Assim o afirmou o TEDH na dec. de 10/04/2003, *Mebemi c. França*, queixa n.º 53470/99.

<sup>2761</sup> Cf. *supra*, Capítulo II, ponto 3.1.3. da presente Parte. Falando também no surgimento do reconhecimento desse direito, v. STEVE PEERS, *EU Justice and Home Affairs...*, p. 250.

<sup>2762</sup> Assim, os referidas dec. de 17/01/2006, *Aristimuno Mendizabal c. França*, queixa n.º 51431/99 e de 16/06/2005, *Sisojeva c. Letónia*, queixa n.º 60654/00.

e, por outro, à violação de *outros direitos*. Neste sentido, alguns autores referem que a não regularização poderá consubstanciar um verdadeiro tratamento desumano ou degradante, nos termos do art. 3.º da CEDH<sup>2763</sup>, ou, como referia o juiz IRENEU CABRAL BARRETO, uma violação do direito à vida privada. Por esse facto, são hoje várias as legislações que preveem um direito à regularização do estatuto por motivos humanitários (fora do contexto das migrações forçadas), por motivos familiares ou por motivo de integração na sociedade do país de acolhimento<sup>2764</sup>.

Uma questão que tem sido colocada pela doutrina tem sido a diferente proteção a conceder às diferentes modalidades de *direitos de imigração*. Como se viu, a jurisprudência do TEDH, nomeadamente em matéria de respeito pela vida familiar, garante mais facilmente proteção aos casos de expulsão do que aos casos de reagrupamento familiar. Alguma doutrina defende também uma diferente gradação de níveis de proteção<sup>2765</sup>. Para BRUNO NASCIMBENE, essa distinção revelaria a diferença substancial entre negar a aquisição de um benefício a uma pessoa e privar uma pessoa de um benefício legalmente adquirido. Para além disso, a multiplicidade de potenciais interessados em entrar no território seria muito mais difícil de gerir que o número de estrangeiros já residente no mesmo.

Ora, nós consideramos que um grau acrescido de proteção nos casos de expulsão poderá fazer sentido em sede de ponderação dos vários bens em conflito porque, por exemplo, à proteção do direito-fim (p.ex., a unidade familiar), acresce a proteção dos aspetos da vida privada derivados dos laços sociais entretanto estabelecidos com o território. Mesmo em sede de exclusiva tomada em consideração do direito à unidade familiar, nos casos de expulsão, a localização duradoura *daquela vida familiar* no território poderá contribuir para conceder mais peso a este direito, em contexto de ponderação com os fins concorrentes. Para além do mais, outros autores invocam ainda que um estrangeiro que tenha sido admitido por um determinado período de tempo ou, por maioria de razão, os que detêm o estatuto de residente permanente, terão “expectativas legítimas” para aí manterem a residência<sup>2766</sup>. Nesse contexto, compreende-se que um imigrante que pretenda entrar pela primeira vez no território tenha menos fatores que reforcem a garantia de um eventual direito de imigração do que um estrangeiro já estabelecido, e que pretenda reentrar no mesmo ou não ser expulso. Mas isso não significa que um imigrante que pretenda entrar pela primeira vez não possua, também, *prima facie*, um direito derivado digno de proteção.

#### 1.4. CONSEQUÊNCIAS NO ENTENDIMENTO DO *IUS INCLUDENDI ET EXCLUDENDI*

A proteção derivada de direitos de imigração, ao impor os correspondentes deveres estaduais de admissão de entrada de estrangeiros no território, de concessão de estatuto legal ou de abstenção de expulsão, traduz-se num verdadeiro limite no que toca ao “an” do exercício do *ius includendi et excludendi*. De facto, nesses casos o Estado-decisor está vinculado a emanar uma decisão com um conteúdo determinado, não podendo exercer discricionariamente o *ius includendi et excludendi*. É esta a grande mudança que a afirmação de direitos derivados de

---

<sup>2763</sup> JOANNA APAP, PHILIPPE DE BRUYCKER, & CATHERINE SCHMITTER, *Regularisations of Illegal Aliens...*, p. 8. Neste contexto, JOÃO CARLOS LOUREIRO refere-se aos estrangeiros em situação ilegal como os «novos vivos mortos». Cf. “Proteger é Preciso, Viver também...”, p. 317.

<sup>2764</sup> Para uma análise detalhada, v. JOANNA APAP, PHILIPPE DE BRUYCKER, & CATHERINE SCHMITTER, *Regularisations of Illegal Aliens...*, p. 26 e ss.

<sup>2765</sup> V., por exemplo, BRUNO NASCIMBENE, *Il Trattamento dello Straniero...*, p. 238.

<sup>2766</sup> GUY S. GOODWIN-GILL, *International Law...*, p. 258.

imigração vem provocar em relação à doutrina tradicional exposta na Parte I da presente tese.

A doutrina da proteção derivada implica, enfim, uma nova formulação do *ius includendi et excludendi*. Este poder estadual deve ser compreendido no sentido de que os Estados têm o poder de controlar a entrada e permanência de estrangeiros nos seus territórios, exceto quando sejam obrigados a respeitar um determinado direito fundamental da titularidade de estrangeiros que exija a entrada e permanência dos mesmos no seu território. Se for esse o caso, os estrangeiros possuem um direito derivado *prima facie* à entrada, permanência ou obtenção de estatuto legal no território. Os Estados terão de prescindir do exercício do *ius includendi et excludendi*, ficando vinculados a admitir a entrada, a conceder um estatuto legal, ou a abster-se de expulsar esses estrangeiros do território<sup>2767</sup>.

No entanto, como se viu, mesmo em alguns casos em que se reconhecem direitos derivados de imigração, estes podem estar sujeito a restrições, se o *direito-fim* que se visa salvaguardar puder ser restringido. Neste sentido, FOURLANOS refere que a proteção dos direitos humanos não afasta totalmente o *ius includendi et excludendi*. O autor defende que esses poderes continuam a existir, ainda que em estado latente<sup>2768</sup>. Em sentido semelhante, YVES MADIOT refere que os poderes dos Estados em relação ao controlo da imigração permanecem intactos no que respeita à sua finalidade, embora submetidos aos limites assinalados<sup>2769</sup>. Também CHRISTEL COUNIL refere que, em particular, a proteção da vida familiar do estrangeiro não põe em causa a soberania dos Estados, apenas obrigando a que as autoridades públicas levem a cabo um equilíbrio justo entre os vários interesses em presença<sup>2770</sup>. Essas acabam também por ser as conclusões de EMMANUELLE NÉRAUDAU-D'UNIENVILLE que, ao reconduzir todos os interesses suscetíveis de justificar restrições neste contexto à *salvaguarda da ordem pública*, defende que a mesma constitui um meio à disposição dos Estados para tomarem as medidas de imigração que entendam, permanecendo assim preservado o *ius includendi et excludendi*<sup>2771</sup>.

Não obstante, há que ter presente que a possibilidade de restrição de que os autores falam não invalida nem o reconhecimento de direitos derivados de imigração, nem a correspondente limitação dos poderes soberanos do Estado referentes ao controlo da imigração. É certo que, em alguns casos, quando os direitos-fim forem direitos restringíveis, os Estados podem limitar o exercício dos mesmos. No entanto, como resulta, em particular, da jurisprudência do TEDH, tais restrições ou limites têm de obedecer a vários requisitos. Devem visar um fim legítimo, estar previstas na lei e a restrição não pode ser desproporcionada face ao fim legítimo que a justifica. Deste modo, mesmo invocando a necessidade da restrição para salvaguarda de bens legítimos, ainda assim o Estado pode ficar inibido de exercer o *ius includendi et excludendi*, se se demonstrar que a restrição em causa não é legítima.

Estas condicionantes demonstram que o reconhecimento de direitos derivados de imigração muda completamente a perspetiva tradicional do exercício do *ius includendi et excludendi* - esse poder deixa de ser totalmente discricionário, já que não só o Estado tem de reconhecer, em alguns casos, direitos de imigração, como ainda, no caso de pretender

---

<sup>2767</sup> ANN DUMMET & ANDREW NICOL, *Subjects, Citizens...*, p. 265. V. ainda sobre este ponto JOYCE CHIA, "Immigration and its Imperatives...", p. 699.

<sup>2768</sup> GERASSIMOS FOURLANOS, *Sovereignty and the Ingress...*, p. 177.

<sup>2769</sup> YVES MADIOT, "Un Statut Européen ...", p. 58.

<sup>2770</sup> CHRISTEL COUNIL, *Le Statut Interne...*, p. 412.

<sup>2771</sup> EMMANUELLE NÉRAUDAU-D'UNIENVILLE, *Ordre Public...*, p. 107.

restringir os mesmos, tem de o fazer com respeito pelos princípios mencionados, restrição essa que tem de ser justificada e pode ser controlada jurisdicionalmente.

## **2. APLICAÇÃO DA DOCTRINA DA PROTEÇÃO DERIVADA À PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA CONSTITUIÇÃO**

Tecidas algumas conclusões que pretendem, a partir dos casos concretos de proteção derivada de direitos a imigrar, lançar as bases para uma doutrina geral dessa via de garantia de direitos de imigração, importa agora situá-la no contexto da proteção constitucional dos direitos fundamentais. Começaremos por analisar de que forma podem os direitos derivados de imigração ser considerados direitos fundamentais garantidos pela nossa Constituição (2.1.), passando, depois, para a análise dos princípios constitucionais que devem regular as restrições aos mesmos (2.2.).

### **2.1. CARACTERIZAÇÃO DOS DIREITOS DERIVADOS DE IMIGRAÇÃO ENQUANTO DIREITOS FUNDAMENTAIS**

#### **2.1.1. O direito derivado de imigração como direito fundamental material**

O direito derivado de imigração pode, em alguns casos, justificar-se para garantir o gozo efetivo de um direito constitucionalmente protegido. Analisámos várias dessas situações no Capítulo II da presente Parte, em que manifestações de direitos derivados de imigração se justificam com a salvaguarda de direitos-fim que têm também assento constitucional. Ora, quando o direito derivado de imigração se revela como um meio para o gozo de um direito fundamental previsto na CRP, ele terá o mesmo carácter de direito fundamental que o direito-fim.

A afirmação da fundamentalidade desses direitos derivados de imigração encontra apoio em várias ordens de considerações: em primeiro lugar, na cláusula normativa do art. 16.º, n.º1 da CRP, que consagra o princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais, ou o conceito de direito fundamental material. Em segundo lugar, na natureza de *direito fundamental* do direito-fim que o direito de imigração pretende salvaguardar. Por fim, na já desenvolvida conceção da necessidade de leitura dos direitos fundamentais à luz dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, decorrente do art. 16.º, n.º2.

De acordo com o art. 16.º, n.º 1 da CRP, poderá haver outros direitos que, se assumirem o mesmo significado ético e axiológico dos direitos formalmente plasmados na Constituição, deverão considerar-se também direitos fundamentais constitucionalmente protegidos. Na doutrina portuguesa são várias as teorias sobre o conceito de direito fundamental material<sup>2772</sup>. Não cabe aqui analisá-las detalhadamente. A maior parte delas permite fundamentar o

---

<sup>2772</sup> Sobre a cláusula aberta ou da não tipicidade dos direitos fundamentais, v. JOÃO DE CASTRO MENDES, “Direitos, Liberdades e Garantias...”, p. 101, FRANCISCO LUCAS PIRES, *Teoria da Constituição...*, p. 341 e ss., JORGE BACELAR GOUVEIA, *Os Direitos Fundamentais Atípicos*, em especial p. 371 e ss. J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição...*, p. 115.

reconhecimento do direito derivado de imigração como direito fundamental, quando o direito-fim seja, também ele, um direito fundamental. Assim, a doutrina de GOMES CANOTILHO, nos termos da qual os direitos fundamentais materiais são aqueles que são equiparáveis, pelo seu objeto e importância, aos direitos plasmados na Constituição<sup>2773</sup>. Essa mesma é a posição referida juntamente com VITAL MOREIRA, na *Constituição da República Portuguesa Anotada*<sup>2774</sup>. JORGE MIRANDA, por seu turno, refere que apenas podem ser considerados direitos fundamentais os que sejam decorrências dos princípios ínsitos nos arts. 1.º e 2.º da Constituição e sejam consonantes e complementares com os demais direitos constitucionalmente protegidos<sup>2775</sup>. Para VIEIRA DE ANDRADE, o conceito de direito fundamental pode ser circunscrito através de três elementos<sup>2776</sup>: pelo seu radical subjetivo – os direitos fundamentais reconduzem-se a posições jurídicas subjetivas atribuídas a indivíduos; pela sua função de garantia de determinados bens jurídicos considerados essenciais ou primários; e, por fim, pela sua intenção específica: a explicitação de uma ideia de Homem, que se manifesta no princípio da dignidade da pessoa humana e na autonomia ética da pessoa, enquanto ser livre e responsável. Para o autor, são vários os indícios que demonstram que um direito tem natureza fundamental, como a sua analogia aos direitos constantes do catálogo, a intenção de concretização ou de garantia de direitos fundamentais expressamente previstos, ou ainda o objetivo de promoção da realização ou proteção destes últimos. Ora, o direito derivado de imigração nasce, como se viu, com o específico propósito de efetivar um direito-fim, que pode receber proteção constitucional. Nesse caso, o direito derivado de imigração deve ser considerado um direito fundamental material por ser necessário para a efetivação do *direito-fim* dotado de proteção constitucional.

Em segundo lugar, sempre diremos que, mesmo que a nossa Constituição não previsse uma cláusula aberta do catálogo de direitos fundamentais, ainda assim se poderiam considerar os direitos derivados de imigração como direitos fundamentais, por visarem efetivar direitos já constitucionalmente expressos. Neste ponto, seria o princípio da máxima efetividade das normas sobre direitos fundamentais, que tem sido reconhecido pela doutrina jusconstitucionalista<sup>2777</sup>, a contribuir para estender a fundamentalidade do direito-fim aos direitos-meio. Assim, tal como o princípio da efetividade levou o TEDH a desenvolver a teoria da proteção derivada (sem a CEDH prever, *stricto sensu*, uma cláusula de abertura a direitos *não expressos*), também este princípio deve potenciar a proteção derivada de direitos não especificamente protegidos no texto constitucional. A norma constitucional estende, assim, o seu âmbito de proteção ao direito-meio. Trata-se aí, como refere JORGE BACELAR GOUVEIA, da «necessidade de complementar os tipos de direitos previstos com novas faculdades de aproveitamento»<sup>2778</sup>.

Ora, neste contexto importa referir que consideramos que os direitos derivados de imigração não são, *stricto sensu*, direitos fundamentais *novos*, cabendo já no âmbito de direitos existentes, por força da compreensão aberta do âmbito das normas consagradoras dos mesmos<sup>2779</sup>. Trata-se de uma situação em que, sobre um mesmo objeto, se apresentam novas

<sup>2773</sup> J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 403.

<sup>2774</sup> J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, p. 318.

<sup>2775</sup> JORGE MIRANDA, *Manual...* Tomo IV, p. 202.

<sup>2776</sup> JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 79.

<sup>2777</sup> J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 1224, PAULO OTERO, “Direitos Históricos...”, p. 1079.

<sup>2778</sup> JORGE BACELAR GOUVEIA, *Os Direitos Fundamentais Atípicos...*, p. 74.

<sup>2779</sup> J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição...*, p. 116 e J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 379. Neste contexto, JORGE MIRANDA refere serem poucos os direitos fundamentais

faculdades de proteção ou aproveitamento<sup>2780</sup>. Enquadram-se, pois, naqueles direitos referidos por VIEIRA DE ANDRADE, que devem ser considerados direitos fundamentais por terem a intenção de concretização ou de garantia de direitos fundamentais expressamente previstos, visarem a explicitação de aspetos ou faculdades já neles contidos, ou constituírem direitos instrumentais, com vista à respetiva realização, proteção ou promoção concreta<sup>2781</sup>.

Por fim, contribui decisivamente para a qualificação dos direitos derivados de imigração como direitos fundamentais a interpretação dos direitos constitucionais à luz dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, por nós desenvolvida nas considerações prévias da presente dissertação<sup>2782</sup>. De facto, os direitos fundamentais materiais podem estar previstos em lei ou em normas de direito internacional, seja ele direito internacional geral ou comum ou direito convencional, aos quais se devem acrescentar ainda os direitos reconhecidos no direito da União Europeia<sup>2783</sup>. JORGE PEREIRA DA SILVA refere que os direitos constantes de lei têm de ser sujeitos a um exigente teste de fundamentalidade, baseado no art. 1.º da CRP, enquanto os direitos constantes de determinados textos internacionais de proteção dos direitos humanos teriam em princípio a sua fundamentalidade assegurada<sup>2784</sup>. Acresce, no caso de direitos de origem internacional, a sua primazia sobre leis internas<sup>2785</sup>. Na presente Parte demonstrámos que as várias manifestações de direitos derivados de imigração decorriam de uma multiplicidade de níveis normativos: de instrumentos de proteção dos direitos humanos, do direito da UE, bem como da lei.

À fundamentalidade dos direitos derivados de imigração não se pode opor um suposto “perigo de alargamento dos direitos fundamentais”<sup>2786</sup>. E assim é porque, como referimos, o direito derivado de imigração não se qualifica propriamente como um direito *novo*, mas como um direito que cabe já no âmbito dos direitos existentes<sup>2787</sup>. Trata-se, na terminologia de ALEXY, de uma «*relação de refinamento*», entre o texto constitucional e suas implicações. De facto, o reconhecimento de um direito de imigração mais não é que o fruto do processo de especificação que supõe uma rutura com o modelo abstrato dos direitos fundamentais, para determinar as várias formas através das quais estes se manifestam<sup>2788</sup>.

---

novos, sendo mais numerosos os que resultam de novas faculdades ou desdobramentos de direitos fundamentais existentes. Cf. *Manual...* Tomo IV, p. 206.

<sup>2780</sup> No âmbito da terminologia adotada por JORGE BACELAR GOUVEIA, não poderiam ser considerados como *direitos fundamentais atípicos*, já que se reconduziriam a um tipo pertencente à tipologia de direitos fundamentais. Seriam assim, pelo contrário, *direitos fundamentais subatípicos*. Assim, *Os Direitos Fundamentais Atípicos...*, p. 75 e 130.

<sup>2781</sup> JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 133.

<sup>2782</sup> Cf. Considerações Prévias, ponto 2.2.3.

<sup>2783</sup> J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, p. 366. Nesse sentido, MARIA LUÍSA DUARTE considera o direito de livre circulação dos cidadãos dos Estados-Membros regulado pelo Direito Comunitário como um dos direitos fundamentais a acolher por esta norma. Cf. MARIA LUÍSA DUARTE, *A Liberdade de circulação...*, p. 178.

<sup>2784</sup> JORGE PEREIRA DA SILVA, *Direitos de Cidadania...*, p. 33.

<sup>2785</sup> J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, p. 376.

<sup>2786</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA & JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Constituição...*, p. 93.

<sup>2787</sup> Em sentido contrário, em relação ao direito à preservação familiar e ao reagrupamento familiar, MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Os Direitos Fundamentais dos Estrangeiros...*, p. 166.

<sup>2788</sup> GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos Fundamentales...*, p. 155.

Assim, por exemplo, é já pacificamente aceite na doutrina jusconstitucionalista portuguesa que o direito ao reagrupamento familiar constitui um direito fundamental material<sup>2789</sup>. Esse raciocínio é também extensível a outros direitos que, como o do reagrupamento familiar, são direitos derivados de imigração, e se afiguram necessários para salvaguardar direitos-fim constitucionalmente protegidos. Assim, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO qualifica como direitos fundamentais materiais várias realidades reconduzíveis a direitos de imigração: a proibição de repatriar menores desacompanhados, se não existirem garantias de que à chegada lhes sejam assegurados o acolhimento e a assistência adequados, as exceções ao poder de recusa de entrada, as garantias do reagrupamento familiar, as exceções ao poder de expulsão e a proibição de expulsão para país onde o cidadão estrangeiro possa ser perseguido ou sofrer tortura, tratamento desumano ou degradante<sup>2790</sup>.

Chegados a este ponto, verificamos assim, que, quando um direito fundamental exija, para sua realização, um direito derivado de imigração, este último, como meio de realização de um direito fundamental expressamente previsto na Constituição recebe também ele, a natureza de *fundamental*.

A caracterização do direito derivado de imigração como direito fundamental é de grande relevância, já que significa proteger as suas várias manifestações de eventuais tendências do legislador para as suprimir ou descaracterizar<sup>2791</sup>. Este ponto é tão mais importante quando se trata de direitos fundamentais dos estrangeiros que, como se viu na Parte II, não possuem direito de voto, estando por isso, por definição, excluídos do processo de decisão democrático. Mas é ainda importante por fazer com que tais direitos não estejam dependentes de fatores aleatórios e conjunturais, aos quais as normas em matéria de controlo da imigração são bastante permeáveis, sobretudo por, como se viu na Parte I, estarem dependentes vários fins estaduais<sup>2792</sup>. Assim, a caracterização dos direitos derivados de imigração como direitos fundamentais, permite encará-lo como «trunfos contra a maioria», *i.e.*, como direitos imunes às maiorias conjuntuais<sup>2793</sup>.

Para além disso, quando derivar de um direito, liberdade e garantia, tal direito derivado configurará uma posição jurídica autónoma, diretamente exigível pelo seu titular, e diretamente aplicável, como determina o art. 18.º, n.º2 da CRP.

---

<sup>2789</sup> JORGE PEREIRA DA SILVA, *Direitos de Cidadania...*, p. 34, GONÇALO SARAIVA MATIAS & PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS, *A Convenção Internacional...*, p. 136, ANA RITA GIL, “Um Caso de Europeização...”, p. 48 e ss., JORGE MIRANDA, *Manual...* Tomo IV, p. 207, CARLA AMADO GOMES & ANABELA COSTA LEÃO, *A Condição de Imigrante...*, p. 34, VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 84.

<sup>2790</sup> JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “A Nova Lei de Entrada...”, p. 88-89.

<sup>2791</sup> Essa conclusão valerá mesmo se considerarmos que se trata de um direito fundamental apenas previsto na lei. De facto, como refere JORGE MIRANDA, *prima facie* dir-se-ia que, se um direito é criado por lei, também por lei pode ser extinto. Todavia, como se trata de direito fundamental, por refletir o sentido próprio da Constituição material e como a sua formulação representa mais um passo na realização desta, torna-se inconcebível que ele possa depois vir a ser suprimido. Cf. *Manual...* Tomo IV, p. 203.

<sup>2792</sup> V., *supra*, Parte I, Capítulo IV, ponto 2.3.

<sup>2793</sup> A conceção dos direitos fundamentais como «trunfos contra a maioria» foi adotada, entre nós, por JORGE REIS NOVAIS. O autor refere, precisamente, que essa conceção é especialmente adequada à proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos que não têm a possibilidade de influenciarem as escolhas governamentais através dos meios comuns de participação política. Cf. *Direitos Fundamentais...*, p. 32. Esta doutrina foi fortemente influenciada por RONALD DWORKIN. V., entre as várias obras deste último autor, *Taking Rights Seriously...*, p. xi e 194.

### 2.1.2. Caracterização do direito derivado de imigração como direito-garantia

O direito derivado de imigração, enquanto direito fundamental material, pode ser qualificado, de acordo com uma das classificações adotadas pela doutrina, como um *direito-garantia*. De facto, alguma doutrina distingue, neste ponto, o *direito*, que será o bem principal, e as *garantias*, que se destinam a assegurar a fruição desse bem principal, sendo por isso acessórias e adjetivas<sup>2794</sup>. O bem principal corresponde ao direito-fim, enquanto o direito derivado de imigração corresponderá à *garantia*.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional também reconheceu, desde cedo, a existência de direitos fundamentais materiais que se podem qualificar como direitos instrumentais de outros, no sentido de que servem para efetivar o reconhecimento destes últimos. Importa citar, neste contexto, algumas passagens do Ac. n.º 51/87, em que se afirmou que «o direito de recurso não vale em si mesmo, mas sim como instrumento para obter a anulação dos actos lesivos de direitos ou interesses legítimos». Mais se afirmou, no que toca ao dever de fundamentação de atos administrativos, que «mesmo que a CRP não reconhecesse num preceito autónomo essas garantias específicas e esses direitos particulares (ou, *hoc sensu*, subordinados), ainda assim eles haveriam de ter-se por incluídos, ao menos numa medida minimamente relevante, no “programa normativo” dos outros direitos (direitos *hoc sensu* “principais”) que aqueles reforçam ou garantem» e que «gozavam já de protecção constitucional, naquela medida mínima em que eles já decorriam dos direitos constitucionalmente reconhecidos a que estão associados»<sup>2795</sup>.

Assim, a jurisprudência constitucional deu, desde cedo, acolhimento à ideia da protecção constitucional de «direitos-subordinados» (na terminologia por nós adotada, *direitos-meio*) para a salvaguarda de «direitos principais» (na nossa terminologia, *direitos-fim*).

### 2.1.3. Múltipla natureza das garantias: direitos subjetivos e garantias institucionais

Como se analisou, o direito derivado de imigração pode revestir diferentes formas: direito de entrada no território estadual, direito a permanecer no mesmo e a não ser expulso, direito a obter um estatuto legal. Por outro lado, da protecção constitucional de direitos-fim pode ainda surgir outro tipo de figura, que, apesar de protegida constitucionalmente, não é uma posição jurídica subjetiva. Trata-se da figura da *garantia institucional*. Neste ponto seguimos a noção dada por VIEIRA DE ANDRADE, no sentido de que as garantias institucionais consistem instituições que a Constituição quer reconhecer e assegurar protecção especial, na sua essência ou nos seus traços característicos. Assim, da Constituição deriva a proibição da destruição ou descaracterização da instituição por parte do legislador ordinário<sup>2796</sup>.

---

<sup>2794</sup> JORGE MIRANDA, *Manual...* Tomo IV, p. 129 e ss, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 114., J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 396. Em sentido algo semelhante, JACQUES FIALAIRE & ÉRIC MONDIELLI, distinguem entre «liberdades-direito», que serão o conjunto de prerrogativas reconhecidas aos indivíduos, e as «liberdades-meio», que serão direitos secundários, destinados a proteger os primeiros. Cf. *Droits Fondamentaux...*, p. 19.

<sup>2795</sup> Ac. n.º 51/87 de 14/02/1987.

<sup>2796</sup> JORGE MIRANDA, *Manual...* Tomo IV, p. 88 e ss., JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 135.



Todas estas manifestações são suscetíveis de referência ao mesmo direito fundamental, destinando-se a protegê-lo, garanti-lo ou concretizá-lo. Mas para além disso, cada uma delas pode ser considerada, em si, um direito ou, mais especificamente, uma garantia fundamental<sup>2797</sup>. Desta forma, compreende-se que o direito derivado de imigração possa revestir, para proteção do mesmo direito fundamental, diferentes configurações, que têm como corresponsáveis deveres estaduais diferentes<sup>2798</sup>. De facto, como refere VIEIRA DE ANDRADE, a complexidade estrutural dos direitos fundamentais implica a compreensão destes não como um poder ou pretensão jurídica singular unidimensional ou unidirecional, mas como um feixe de faculdades ou poderes de tipo diferente e diverso alcance, apontados em direções distintas. Isso pode levar a que, em relação a um mesmo direito fundamental, haja poderes heterogêneos, com objeto e conteúdo distintos, como poderes de exigir comportamentos negativos dos poderes públicos, poderes de exigir ou de pretender prestações positivas, jurídicas ou materiais e poderes de produzir efeitos jurídicos na esfera de outrem<sup>2799</sup>.

A maior parte das modalidades dos direitos derivados de imigração constitui direitos subjetivos. Esse é caso quando o direito derivado de imigração surja na modalidade “direito de entrada”, “direito de permanência ou de não expulsão” e “direito à obtenção de estatuto legal”. Nesses casos, o direito de imigração exige uma decisão estadual concreta, de cariz positivo ou negativo, cujo cumprimento pode ser exigido judicialmente<sup>2800</sup>.

Para além disso, algumas das modalidades do direito derivado de imigração constituem “garantias institucionais”. Estas garantias têm sido definidas pela doutrina como consistindo numa imposição ao poder no sentido de criar ou manter determinada realidade, assumindo um carácter puramente objetivo<sup>2801</sup>. Esse é o caso, no nosso entender, do direito ao reagrupamento familiar. De facto, o instituto do reagrupamento familiar tem de ser necessariamente previsto na lei ordinária, não podendo o legislador eliminá-lo ou alterá-lo de tal forma que o mesmo perca seus elementos caracterizadores<sup>2802</sup>.

---

<sup>2797</sup> JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais...*, p. 55.

<sup>2798</sup> Referindo-se à mesma situação no que toca ao direito de asilo, ANDREIA SOFIA PINTO OLIVEIRA, *O Direito de Asilo...*, p. 129.

<sup>2799</sup> JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 162. Assim, também J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição...*, p. 123 e, dos mesmos autores, *Constituição...*, p. 377, CRISTINA M.M. QUEIROZ, *Direitos Fundamentais...*, p. 287 e ss..

<sup>2800</sup> No sentido de que a dimensão subjetiva implica a sua justiciabilidade, JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais...*, p. 116.

<sup>2801</sup> CARL SCHMITT, *Theorie de la Constitution...*, p. 308, BODO PIEROTH & BERNHARD SCHLINK, *Direitos Fundamentais...*, p.23, JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional...*, Vol. II, p. 1036.

<sup>2802</sup> Neste ponto, tal como referiu o Tribunal Constitucional em relação ao direito fundamental à cidadania, «não poderá deixar de inferir-se (...) da Constituição, conjugadamente, quer com outros preceitos constitucionais (por exemplo, os arts 36.º, 67.º e 68.º, relativos ao estatuto constitucional da família, casamento e filiação, maternidade e paternidade), quer com os princípios de direito internacional, um certo conteúdo mínimo que o legislador ordinário não poderá postergar na definição do regime de acesso ao direito em causa». Cf. Ac. n.º 599/05, de 02/11/2005. Julgamos que esta configuração equivale à que deve valer, *mutatis mutandis*, para uma garantia institucional do direito ao reagrupamento familiar.

## 2.2. RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS-FIM

Quando o direito fundamental-fim for um direito suscetível de restrição, o exercício efetivo das garantias fundamentais caracterizadas no ponto anterior pode ter de ser compatibilizado com a salvaguarda de outros interesses constitucionalmente protegidos. Importa neste ponto analisar as possibilidades de restrições a esses direitos (2.2.1.), quais os bens que podem justificar semelhantes restrições (2.2.2.) e, finalmente, de que forma deve ser levada a cabo a ponderação entre os bens em conflito (2.2.3.).

### 2.2.1. A possibilidade de restrições aos direitos fundamentais-fim

Falar-se-á de *restrições* no contexto do reconhecimento de direitos derivados de imigração, nos casos em que esses direitos visam salvaguardar direitos fundamentais-fim restringíveis. Ora, semelhantes restrições revestem-se de uma delicadeza específica, uma vez que está em causa o exercício de um poder de soberania do Estado – o *ius includendi et excludendi* – precisamente reclamado para levar a cabo os mais diversos interesses públicos, como se analisou na Parte I<sup>2803</sup>.

De facto, os estrangeiros são, como os cidadãos portugueses, titulares dos direitos fundamentais plasmados na Constituição, à exceção daqueles que a própria Constituição ou a lei reserva a cidadãos portugueses (lei essa que deverá ser considerada uma lei restritiva)<sup>2804</sup>. No entanto, mesmo aqueles que são, *prima facie*, da titularidade de estrangeiros, podem ser restringidos para salvaguarda de bens públicos<sup>2805</sup>.

Não cabe aqui discutir de forma desenvolvida a qualificação dos tipos de intervenções que podem limitar o exercício de direitos fundamentais, face às várias classificações existentes na doutrina<sup>2806</sup> (limites e limitações, harmonização e restrição de direitos<sup>2807</sup>, restrições ou limites<sup>2808</sup>, restrições diretas ou não diretas<sup>2809</sup>, colisões entre direitos e bens jurídicos<sup>2810</sup>). Seguiremos a teoria desenvolvida por JORGE REIS NOVAIS, que opta por uma definição genérica de restrição como uma afetação desvantajosa do conteúdo de um direito fundamental, com vista à salvaguarda de outros bens ou interesses dignos de proteção<sup>2811</sup>.

O feixe de direitos de que estamos a tratar diz respeito a uma área de regulação estadual em que intervêm vários interesses potencialmente concorrentes. Esse é o caso da ordem pública, da segurança nacional, mas ainda do bem-estar económico do país. Considerar que os direitos de imigração reconhecidos por proteção derivada podem entrar em conflito com interesses coletivos não equivale, obviamente, a dizer que os referidos direitos se podem

---

<sup>2803</sup> V., *supra*, Parte I, Capítulo IV, ponto 2.3.

<sup>2804</sup> V., *supra*, Parte II, Capítulo III, ponto 5.4.

<sup>2805</sup> Assim, EDUARDO ROIG MOLÉS, “Los Derechos de los Extranjeros...”, p. 605.

<sup>2806</sup> V., em geral sobre esta problemática, BODO PIEROTH & BERNHARD SCHLINK, *Direitos Fundamentais...*, p.64 e ss. JORGE BACELAR GOUVEIA, “Regulação e Limites...”, p. 454 e ss.

<sup>2807</sup> JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 263.

<sup>2808</sup> JORGE MIRANDA, *Manual...* Tomo IV, p. 409.

<sup>2809</sup> J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 1275.

<sup>2810</sup> *Idem*, p. 1273.

<sup>2811</sup> JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais...*, p. 157.

funcionalizar em razão dos referidos bens. Pois, como afirma JOSÉ JOÃO ABRANTES, «por serem anteriores e superiores à sociedade política, eles não podem ser funcionalizados, isto é, colocados ao seu serviço. Aquela não pode assinalar-lhes fins, ao respeito dos quais subordine o seu exercício»<sup>2812</sup>. Este ponto é tão mais relevante quando no presente contexto se trata de direitos que se desenvolvem numa área que é altamente politizada, e facilmente funcionalizada ao sabor das conjunturas e das prioridades eleitas pela maioria em cada momento histórico.

As restrições aos direitos-fim podem revestir diversas modalidades: estabelecimento de condições de exercício do direito derivado de imigração ou mesmo a negação da possibilidade de exercício do direito derivado num caso concreto. Importa saber quais os requisitos que tais restrições devem cumprir, e que, no nosso entender, serão os mesmos que atuam no âmbito das restrições aos demais direitos fundamentais, formal ou materialmente protegidos pela nossa Constituição.

### 2.2.2. Delimitação do círculo de bens passíveis de justificar uma restrição em contexto de direitos derivados de imigração

O primeiro requisito a que devem obedecer as restrições aos direitos fundamentais em causa reporta-se aos *motivos* que as podem justificar. É necessário que as mesmas se alicercem numa finalidade concretamente prosseguida<sup>2813</sup>.

Importa neste contexto averiguar quais os bens que podem legitimamente justificar uma restrição aos direitos fundamentais-fim. Tais bens devem cumprir determinadas condições. Em primeiro lugar, terão de ter um apoio ou reconhecimento constitucional<sup>2814</sup>. Assim o exige expressamente, no caso dos direitos, liberdades e garantias, o art. 18.º, n.º2 da CRP.

Neste contexto, há que ter presente a já referida conceção, baseada na doutrina de DWORKIN, dos direitos fundamentais *enquanto triunfos contra a maioria*, que se alicerça na ideia de que as maiorias conjunturais não podem prevalecer sobre os direitos fundamentais<sup>2815</sup>. Só bens também assentes em bases constitucionais podem servir de fundamento para limitar direitos fundamentais.

O recurso à fórmula usada pela CEDH – *sociedade democrática* – pode funcionar, neste quadro, como guia<sup>2816</sup>. A limitação imposta pela mesma visa dar relevo à posição central que cabe aos direitos fundamentais num Estado de Direito. Tal posição exige que as restrições aos direitos fundamentais tenham assento em valorações independentes de particularismos

---

<sup>2812</sup> JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais* ..., p. 22.

<sup>2813</sup> EDUARDO ROIG MOLÉS, “Los Derechos de los Extranjeros...”, p. 617, SONIA GARCÍA VÁSQUEZ, *El Estatuto Jurídico-Constitucional...*, p. 48.

<sup>2814</sup> J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição...*, p.136, dos mesmos autores, *Constituição...*, p. 392, e ainda J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 127. Os bens que podem justificar uma restrição podem derivar de normas de hierarquia constitucional, ou de normas infraconstitucionais, cuja criação é autorizada por normas constitucionais. Assim, ROBERT ALEXYS, *Teoria dos Direitos Fundamentais...*, p. 286. Em sentido contrário, JORGE REIS NOVAIS defende que o bem prosseguido pode não possuir reconhecimento constitucional expreso, podendo revestir, «nas circunstâncias do caso concreto um peso substancial que se imponha ao peso, de sentido oposto, do bem jusfundamental». Cf. *Direitos Fundamentais...*, p. 52.

<sup>2815</sup> V., *inter alia*, RONALD DWORKIN, *Taking Rights Seriously...*, p. xi e 194.

<sup>2816</sup> Assim também JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais...*, p. 481.

e subjetivismos<sup>2817</sup>. A mesma ideia pode ainda ser encontrada no art. 29.º da DUDH, que dispõe que o exercício dos direitos e o gozo das liberdades estejam apenas sujeitos às limitações estabelecidas pela lei, exclusivamente com vista a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros, e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática<sup>2818</sup>. No que toca à CDFUE, o art. 52.º, n.º1 dispõe que as restrições aos direitos aí garantidos só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros<sup>2819</sup>.

#### ***a) Bens suscetíveis de justificar restrições***

Tradicionalmente são invocados vários bens coletivos para justificar a adoção de medidas restritivas no contexto da imigração. Neste contexto, MARIA LUÍSA DUARTE refere que não existe elenco pré-determinado de causas de expulsão, reconduzindo-se todas elas à ideia mais ampla de *ordem pública*, cuja razão de ser radica na autoconservação do Estado<sup>2820</sup>. Também BRUNO NASCIBENE adota esse conceito amplo de ordem pública, como compreendendo o conjunto de princípios políticos, económicos e morais considerados essenciais para a manutenção de uma determinada estrutura social<sup>2821</sup>. De uma forma geral, tem-se entendido que tal conceito amplo de ordem pública engloba, no presente âmbito, os seguintes bens públicos: a ordem moral, a segurança nacional, a saúde pública, o bem-estar geral da comunidade e a ordem pública em sentido estrito<sup>2822</sup>. Eles reconduzem-se, enfim, aos fins que incumbe ao Estado prosseguir e que são uma das justificações últimas do próprio *ius includendi et excludendi*, como se analisou na Parte I.

---

<sup>2817</sup> *Idem*, p. 528.

<sup>2818</sup> A referência aqui feita a esta norma, visa encará-la não enquanto fundamento autónomo de limites à liberdade individual, «mas na qualidade de *standards* mínimos de protecção que funcionam como *limites aos limites* dos direitos fundamentais. Isto é, de todos os eventuais *candidatos* a fundamentar a limitação de um direito fundamental, só são admitidos à ponderação os que, para além dos outros requisitos, se destinarem a prosseguir aqueles fins» (JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais...*, p. 56). Não cabe aqui analisar e tomar posição sobre a problemática de a referência feita pelo n.º 2 do art. 16.º da CRP à DUDH poder servir não só como extensão dos direitos protegidos, mas ainda como extensão das restrições admitidas. Consideramos apenas que tal instrumento servirá, neste contexto, como guia dos bens suscetíveis de restrição. Para uma análise da problemática e das várias posições da doutrina, v. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Os Direitos Fundamentais Atípicos...*, p. 145, do mesmo autor, “A Declaração Universal...”, p. 272 e 281, e JORGE MIRANDA, *Manual...* Tomo IV, p. 183 e ss.

<sup>2819</sup> Sobre este ponto, v. PAULO OTERO, “Declaração Universal dos Direitos do Homem...”, p. 610., RUI MEDEIROS, “A Carta dos Direitos Fundamentais...”, p. 238, ANTÓNIO VITORINO, *Carta dos Direitos Fundamentais...*, p. 32, ANABELA COSTA LEÃO, “A Carta dos Direitos Fundamentais...”, p. 47 e ss. J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, p.368.

<sup>2820</sup> MARIA LUÍSA DUARTE, *A Liberdade de circulação...*, p. 35.

<sup>2821</sup> BRUNO NASCIBENE, *Il Trattamento dello Straniero...*, p. 199.

<sup>2822</sup> Assim, JUAN MANUEL GOIG MARTÍNEZ, “El Derecho a la Reagrupación...”, p. 257. Já RICHARD PLENDER, delimita o círculo de bens públicos em causa à segurança nacional, saúde pública, criminalidade e «indigência». Cf. *International Migration Law...*, p.257. Em sentido semelhante, v. ainda AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, *The Movement of Persons...*, p. 71 e 91. Para um elenco dos bens públicos previstos na nossa lei de imigração, v. JÚLIO A. C. PEREIRA & JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *Direito de Estrangeiros...*, p. 66 e ss.

Neste ponto, importa encarar de que forma cada um destes interesses se pode configurar como um bem público que justifique, num caso concreto, a restrição do direito-fim que o direito derivado de imigração visa salvaguardar.

*i) defesa da cultura e da moral*

Um desses bens pode ser, desde logo, a manutenção da ordem moral da sociedade ou, por outras palavras, a «coesão moral» da sociedade. Neste plano, a restrição justifica-se com a defesa de determinados valores éticos considerados essenciais para a comunidade<sup>2823</sup>. Para além de valores éticos *stricto sensu*, a moral é ainda invocada com o objetivo de preservação de determinada cultura predominante ou ainda da identidade nacional<sup>2824</sup>. A doutrina afirma, porém, que, neste contexto, este bem coletivo deverá ser sempre interpretado *de forma restrita*, como compreendendo apenas a preservação dos princípios fundamentais e constitucionais basilares do Estado<sup>2825</sup>.

*ii) saúde pública*

A saúde pública é igualmente um bem jurídico fundamental da comunidade, que pode exigir a recusa de entrada ou de permanência de indivíduos portadores de determinadas doenças<sup>2826</sup>. O conceito de saúde pública adotado pelo direito da UE, por exemplo, no âmbito da Diretiva sobre o estatuto de residentes de longa duração, pode servir como guia sobre o que se deve entender como podendo constituir um motivo de saúde pública justificador de uma restrição neste contexto<sup>2827</sup>. Apenas estão abrangidas as doenças com potencialidade epidémica, tal como definidas pela Organização Mundial de Saúde e outras doenças infecciosas ou contagiosas, se forem objeto de medidas de proteção em relação aos nacionais do Estado-Membro. Por outras palavras, a doença tem de ter sido reconhecida

---

<sup>2823</sup> Para JORGE REIS NOVAIS, a moral terá de revestir sempre, enquanto bem público suscetível de justificar restrições aos direitos fundamentais, o sentido de «conjunto de representações ou valorações éticas gerais estruturantes de uma consciência jurídica universal dinâmica e aberta numa sociedade democrática». Cf. *As Restrições aos Direitos Fundamentais...*, p. 484.

<sup>2824</sup> GERALD L. NEUMAN, *Strangers to the Constitution...*, p. 124.

<sup>2825</sup> LIAV ORGAD, ««Cultural Defence»...», p. 729 e ss. A autora rejeita que a «defesa da cultura» possa, só por si, constituir um critério de admissão de imigrantes, referindo que em causa deve estar apenas o respeito pelos princípios constitucionais basilares da sociedade de acolhimento. Sobre este ponto v. ainda STEPHEN LEGOMSKY, «Rationing Family Values...», p. 847. A política comum de imigração da UE tem também dado acolhimento à ideia de salvaguarda dos valores essenciais das sociedades de acolhimento. Assim, no Pacto de Imigração e Asilo (afirmado pelo Conselho da UE, 24 de setembro de 2008), afirma-se que cada Estado pode regular os critérios de admissão, nomeadamente no que toca ao respeito pelas identidades dos Estados-Membros e da União Europeia e pelos seus valores fundamentais, como o respeito pelos direitos humanos, liberdade de opinião, democracia, tolerância, igualdade entre homens e mulheres e o ensino obrigatório de crianças.

<sup>2826</sup> MARIA LUÍSA DUARTE, *A Liberdade de circulação...*, p. 35.

<sup>2827</sup> V. art. 18.º da Diretiva n.º 2003/109/CE.

internacionalmente como consubstanciando um perigo para a saúde pública<sup>2828</sup>, e só deve poder ser aplicada a estrangeiros que apresentem riscos claros e predefinidos<sup>2829</sup>.

*iii) bem-estar da comunidade*

No que toca ao bem-estar da comunidade, tem-se englobado nesse conceito não só o bem-estar económico, mas também o bem-estar social e a proteção do mercado de trabalho<sup>2830</sup>. STEPHEN LEGOMSKY fala, a este propósito de «proteção do Estado social»<sup>2831</sup>. Neste ponto, tem-se em consideração a capacidade de acolhimento do Estado que, como se analisou na Parte I, é finita num Estado Social<sup>2832</sup>. Esta ideia é ainda reforçada pela convicção frequente de que o estrangeiro não deve constituir uma sobrecarga para o Estado de acolhimento.

O Tribunal Constitucional português já teve oportunidade de se pronunciar sobre a legitimidade desse fim, a propósito da norma da lei da nacionalidade, que exigia, como condição para aquisição da mesma pela via da naturalização, a «posse de recursos económicos suficientes»<sup>2833</sup>. No entanto, no Ac. n.º 296/2015 considerou que o motivo da sustentabilidade financeira do regime da segurança social, invocado pelo Governo, aliado ao objetivo de evitar o «efeito chamada» dos movimentos migratórios, embora pudessem ser considerados, em abstrato, idóneos para a restrição de direitos aos estrangeiros, os dados práticos contradiziam essa perceção, face ao papel da imigração para contrabalançar o envelhecimento demográfico do sistema de segurança social<sup>2834</sup>. Nesse caso, pois, ao contrário do primeiro, não se considerou que a restrição de direitos aos estrangeiros pudesse ser considerado um meio idóneo para alcançar o interesse do bem-estar económico do país.

Ainda que num caso concreto o referido bem seja tido como idóneo para a restrição de direitos no contexto da imigração, a salvaguarda deste interesse coletivo reclama aí alguns cuidados. Desde logo, não pode ser tido em abstrato, pois isso leva a que se enverede por pré-compreensões não demonstradas, como a de que o estrangeiro constitui, *a priori*, um encargo para o Estado. Assim, em primeiro lugar terá de se demonstrar existir uma relação de causalidade entre a presença do estrangeiro em causa e o referido bem-estar económico ou social<sup>2835</sup>. Ainda assim, a defesa deste bem público, levada às últimas consequências, pode

---

<sup>2828</sup> Assim, PIETER BOELES, MAARTEN DEN HEIJER, GERIE LODDER & KEES WOUTERS, *European Migration Law...*, p. 60. A atual lei de imigração portuguesa considera relevantes, para efeitos de recusa de entrada e de emissão de autorização de residência, as razões de saúde pública fundadas nas doenças definidas nos instrumentos aplicáveis da Organização Mundial de Saúde ou outras doenças infecciosas ou parasitárias contagiosas objeto de medidas de proteção em território nacional (art. 32.º, n.º 2 e art. 77.º).

<sup>2829</sup> Assim, GONÇALO SARAIVA MATIAS, *Migrações e Cidadania...*, p. 26.

<sup>2830</sup> PIETER BOELES, “Introduction: Freedom, Security and Justice for All...”, p. 9.

<sup>2831</sup> STEPHEN LEGOMSKY, “Rationing Family Values...”, p. 848.

<sup>2832</sup> *Idem*, p. 849.

<sup>2833</sup> Cf. Ac. n.º 599/05, cit., onde se afirmou: «Compreende-se que essa comunidade nacional não queira assumir sacrifícios económicos, financeiros e sociais com quem não está em condições de não onerar essa comunidade».

<sup>2834</sup> Ac. n.º 296/2015, de 25/05/2015.

<sup>2835</sup> PIERRE-FRANÇOIS DOCQUIR refere que o TEDH analisa de forma abstrata a legitimidade do fim «bem-estar económico do país», seguindo a ideia estereotipada de que o imigrante influencia negativamente as contas públicas, não obstante o elevado número de estudos que demonstram o contrário. Cf. “Droit à la Vie Privée...”, p. 940.

acarretar alguns efeitos censuráveis – pense-se na aplicação de uma medida de expulsão a estrangeiros que recorram aos apoios sociais do Estado de acolhimento por deixarem de auferir rendimentos suficientes. Ora, tal restrição careceria de legitimidade, pois comportaria como que uma negação do próprio fim em vista - a proteção do «Estado Social». O Estado usaria o *ius excludendi* com o fim único de negar um direito que o estrangeiro beneficiaria por força do princípio da equiparação. Para proteção do «Estado Social», excluir-se-ia do território aqueles que necessitam de proteção desse «Estado Social». Ora, se é compreensível que o Estado não queira assumir um encargo em relação a um estrangeiro sem qualquer ligação com o território, já o mesmo não acontece a partir do momento em que o estrangeiro é residente, pois então é titular de um conjunto de direitos, por força do princípio da equiparação, entre os quais se encontra o direito à segurança social, à saúde, à educação, entre outros<sup>2836</sup>. Em sentido semelhante, PIETER BOELES sublinha que, uma vez concedido ao estrangeiro acesso ao mercado de trabalho e ao sistema social, o Estado já não pode usar argumentos que poderiam ter servido para não aceitar a sua entrada no país para o excluir da sociedade<sup>2837</sup>. Neste contexto, poderemos ter novamente em conta a jurisprudência do TJ no que respeita à liberdade de circulação de trabalhadores. No caso *Grzelczyk*, o Tribunal do Luxemburgo considerou que o recurso ao apoio social não podia dar lugar, automaticamente, a uma medida que restringisse o direito a residir no território, que os cidadãos da UE gozavam por força do direito à livre circulação<sup>2838</sup>. Ora, esse mesmo raciocínio poderá ser aplicado a quem goze de um direito derivado de imigração.

No interesse do bem-estar económico costuma-se ainda integrar o interesse do desenvolvimento demográfico que, no entanto, se converterá num fim ilegítimo se desembocar na adoção de políticas de imigração racistas, por violação do princípio da proibição da discriminação<sup>2839</sup>.

#### *iv) defesa da legalidade*

A defesa da legalidade é outro bem geralmente invocado pelos Estados para fundamentar intervenções restritivas em matéria de imigração. Os Estados têm, naturalmente, a prerrogativa de fazer respeitar as regras nacionais respeitantes à entrada e saída de estrangeiros do território. Esse interesse pode, assim, justificar a expulsão de estrangeiros que se encontrem em situação ilegal no mesmo ou a recusa de entrada de quem não esteja munido dos necessários títulos legais para o efeito<sup>2840</sup>. Neste contexto, tem-se referido que

---

<sup>2836</sup> Assim, em sentido semelhante, no que toca à não renovação de título de residência por motivos de saúde, JÚLIO A. C. PEREIRA & JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *Direito de Estrangeiros...*, p. 273.

<sup>2837</sup> PIETER BOELES, “Introduction: Freedom, Security and Justice for All...”, p. 10.

<sup>2838</sup> Ac. de 20/09/2001, *Grzelczyk*, proc. n.º C-184/99.

<sup>2839</sup> Assim, PIETER BOELES, “Introduction: Freedom, Security and Justice for All...”, p. 10.

<sup>2840</sup> Sobre este ponto v., entre nós, JOSÉ M. M. SILVA, “Imigração Ilegal – Responsabilidade Penal”, p. 33 e ss. que, no entanto, refere que a imigração ilegal constitui uma ameaça à ordem interna «em todos os níveis em que esta se pode reflectir. Segurança das pessoas *stricto sensu*, mas também a nível económico, social e laboral», bem como à segurança externa. A supra citada *Sentenza* n.º 353 de 21/11/1997 do Tribunal Constitucional italiano, é bastante interessante, por entrar em detalhe no que toca aos interesses a proteger em relação ao combate à imigração ilegal. O Tribunal referiu que estava em causa o dever estadual de defesa das fronteiras (o qual deve ser lido hoje no contexto dos compromissos de Schengen), bem como a proteção não só da comunidade nacional, como ainda de todos aqueles que observavam as regras em matéria de imigração e que podiam ficar prejudicados devido à tolerância de situações ilegais. Assim, visar-se-ia ter em consideração não apenas os interesses da comunidade nacional, como ainda a necessidade de assegurar a efetividade dos direitos

a necessidade de medidas aplicadas aos que não respeitam as normas de imigração – *v.g.*, através da sua expulsão –, é um mecanismo que visa «manter a integridade do sistema de imigração»<sup>2841</sup>. Refere-se, neste seguimento, que as medidas restritivas se justificam com o objetivo de «prevenção geral» da violação das regras de imigração, mas também com o objetivo de evitar o «efeito chamada» para novos perpetradores<sup>2842</sup>.

*v) segurança nacional, segurança pública*

Outro bem que se costuma invocar como fundamento para a adoção de medidas que se podem traduzir em restrições neste contexto é a segurança nacional, *i.e.*, a proteção contra danos que afetem a existência do Estado (a sua soberania, independência e unidade, e a integridade do território) ou das suas instituições (a liberdade de ação política dos órgãos de soberania e o pleno funcionamento das instituições democráticas)<sup>2843</sup>. Nesta pode ainda incluir-se o desenvolvimento e manutenção de relações internacionais com outros Estados<sup>2844</sup>. As ameaças à segurança nacional podem engobar todo um conjunto de atos violentos ou perigosos, como as atividades terroristas ou de espionagem<sup>2845</sup>.

A segurança nacional é por vezes interpretada num sentido lato, como abrangendo a segurança interna e externa<sup>2846</sup>. A segurança pública ou segurança interna diz respeito à manutenção da ordem, segurança e tranquilidade públicas, como condição de exercício das liberdades, bem como a prevenção da criminalidade<sup>2847</sup>. A jurisprudência do TJ sobre liberdade de circulação de cidadãos da UE tem entendido o conceito de segurança pública como abrangendo, por exemplo, a prevenção de crimes especialmente danosos para a sociedade, como o tráfico de estupefacientes, a exploração sexual de menores<sup>2848</sup> ou o terrorismo.

---

dos estrangeiros em situação regular, nomeadamente no que toca à organização dos recursos estaduais. Assim, EMANUELE ROSSI, & PAOLO PASSAGLIA, “Les Droits et Libertés des Étrangers...”, p. 269.

<sup>2841</sup> WILLIAM WALTERS, “Deportation, Expulsion...”, p. 280.

<sup>2842</sup> *Ibidem*.

<sup>2843</sup> TERESA FREIXES SANJUÁN, & JOSE CARLOS REMOTTI CARBONELL, “La Configuración Constitucional”, p. 153. Sobre a segurança como fim do Estado, *v.*, ainda, JORGE MIRANDA, *Teoria do Estado...* p. 36.

<sup>2844</sup> Este ponto tem de ser interpretado com referência a todo o Espaço da UE, face ao desenvolvimento de uma política comum de imigração, que tem inerente uma dimensão externa. Assim, *v.* o art. 79.º, n.º 4 do TFUE.

<sup>2845</sup> ANNE LISE DUCROQUETZ, *L'Expulsion des Étrangers...*, p. 79.

<sup>2846</sup> Ultimamente tem-se considerado que a distinção entre o conceito de segurança externa (enquanto defesa da soberania do Estado e da integridade do território contra ameaças externas), e segurança interna (entendida como manutenção da ordem e segurança das populações) já não faz sentido, face às ameaças contemporâneas do mundo globalizado. Assim, JÚLIO A. C. PEREIRA & JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *Direito de Estrangeiros...*,

<sup>2847</sup> A Lei de Segurança Interna (Lei n.º 53/2008, de 29 de agosto), define segurança interna como «atividade desenvolvida pelo Estado para garantir a ordem, a segurança e a tranquilidade públicas, proteger pessoas e bens, prevenir e reprimir a criminalidade e contribuir para assegurar o normal funcionamento das instituições democráticas, o regular exercício dos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos e o respeito pela legalidade democrática» (art. 1.º, n.º1).

<sup>2848</sup> Assim, o Ac. de 22/05/2012, *P.I.*, proc. n.º C-348/09.



Qualquer dos aspetos enunciados só pode ser tido como um fim idóneo de restrição se se demonstrar existir uma conexão específica entre a presença de determinada pessoa no território e os perigos que a mesma represente para a referida segurança<sup>2849</sup>.

*vi) ordem pública em sentido estrito*

Finalmente, a ordem pública em sentido estrito consubstancia a causa mais invocada para legitimar restrições no contexto da imigração. De facto, como se analisou no estudo das várias manifestações de direitos derivados de imigração, a regulação da imigração é sempre acompanhada de cláusulas de proteção da ordem pública. Não cabe aqui discutir a natureza ou todos os significados possíveis de “ordem pública”<sup>2850</sup>. No presente contexto, importa apenas sublinhar que “ordem pública” pode revestir dois sentidos diferentes: um sentido jurídico, como conjunto de princípios que formam a base do Estado democrático, ou um sentido material, como ordem de polícia, fundamento dos poderes de manutenção da segurança e tranquilidade públicas<sup>2851</sup>, ou, como alguma doutrina refere, ordem pública com um conteúdo material de *tranquilidade externa*<sup>2852</sup>. O que aqui visamos analisar, com a terminologia “ordem pública em sentido estrito” coincidirá com o último sentido, que foi amplamente desenvolvido pela doutrina italiana, em particular por GUIDO CORSO<sup>2853</sup>. Nesse sentido, a ordem pública abrange o conjunto de condições da vida de convivência que tornam possível aos indivíduos e grupos alcançar e desenvolver os seus fins particulares num contexto de paz e segurança<sup>2854</sup>, podendo exercer de forma pacífica os seus direitos, sem que daí advenha perigo para a sua pessoa ou bens<sup>2855</sup>.

A ordem pública em sentido estrito caracteriza-se por um estado material de segurança, integridade, tranquilidade, de convivência pacífica e ordenada<sup>2856</sup>. Ora, o preenchimento do que constitui ordem pública em cada momento é, ainda assim, vago e variável<sup>2857</sup>. Estas duas características encerram um perigo para os direitos fundamentais do estrangeiro. De facto,

---

<sup>2849</sup> Assim, o nosso breve “Imigração, Raça...”, p. 3.

<sup>2850</sup> Sobre este ponto v., *inter alia*, MANUEL GROSS & JEAN-CHARLES FROMENT, “Composantes Jurisprudentielles...”, p. 537 e JOSÉ CARLOS DE BARTOLOMÉ CENZANO, *El Orden Público* p. 130 e ss. Não cabe, também, aqui, tomar partido na querela referente à consideração da ordem pública como um possível limite imanente a todos os direitos fundamentais previstos na Constituição.

<sup>2851</sup> EMMANUELLE NÉRAUDAU-D’UNIENVILLE, *Ordre Public...*, p. 722.

<sup>2852</sup> Assim, GUIDO CORSO, “Ordine Pubblico...”, p. 437 e TERESA FREIXES SANJUÁN, & JOSE CARLOS REMOTTI CARBONELL, “La Configuración Constitucional”, p. 144.

<sup>2853</sup> GUIDO CORSO, “Ordine Pubblico...”, p. 437 e ss.

<sup>2854</sup> Nas palavras de JORGE MIRANDA, é o «conjunto das condições externas necessárias ao regular funcionamento das instituições e ao pleno exercício dos direitos individuais». Cf. “Ordem Pública”, p. 901 e ss. TERESA FREIXES SANJUÁN, & JOSE CARLOS REMOTTI CARBONELL referem que a ordem pública se alcança quando cada cidadão pode exercer pacífica e livremente os seus direitos e liberdades. Cf. “La Configuración Constitucional...”, p. 144.

<sup>2855</sup> TERESA FREIXES SANJUÁN, & JOSE CARLOS REMOTTI CARBONELL, “La Configuración Constitucional...”, p. 148. Em causa estará a salvaguarda de direitos como o direito à vida, à integridade física, à liberdade pessoal, à inviolabilidade do domicílio, de residência e circulação, entre outros. V., sobre este ponto, JOSÉ CARLOS DE BARTOLOMÉ CENZANO, *El Orden Público...*, p. 296.

<sup>2856</sup> NORBERTO BOBBIO, NICOLA MATTEUCCI & GIANFRANCO PASQUINO, *Diccionario de Política...* p. 1138.

<sup>2857</sup> JOSÉ CARLOS DE BARTOLOMÉ CENZANO, *El Orden Público...*, p. 182, EMMANUELLE NÉRAUDAU-D’UNIENVILLE, *Ordre Public...*, p. 182.

se o conteúdo de semelhante limitação aos direitos fundamentais não for bem delimitado, poder-se-á negar, pela via da restrição, um direito que reconhecemos ser da titularidade do estrangeiro. Assim, importa traçar pistas para as situações que devem ser tidas como demonstrativas de um estrangeiro consubstanciar um perigo para a ordem pública.

De facto, apesar de as leis de imigração se encontrarem repletas de cláusulas respeitantes à necessidade de salvaguardar a ordem pública, pouco se tem questionado sobre quais as ameaças concretas que o estrangeiro – só por o ser - representa para esse interesse da sociedade de acolhimento<sup>2858</sup>. Não há provas de que o estrangeiro represente, abstratamente, um maior perigo para esse interesse do que o cidadão nacional. Esta fundamentação é, por isso, alicerçada em pré-juízos indemonstrados<sup>2859</sup>, e alicerçados em fatores discriminatórios que importa não perpetuar.

Neste contexto, a jurisprudência europeia, quer do TEDH, quer do TJ, não obstante reconhecerem uma margem de apreciação dos Estados neste ponto, revestem-se de uma mais-valia ímpar, no que toca a delimitar a possibilidade de restrições no contexto de direitos derivados de imigração com base na necessidade de salvaguarda da ordem pública.

O TJ tem desenvolvido amplamente o conceito de ordem pública enquanto restrição ao direito de livre circulação de pessoas<sup>2860</sup>. Não pretendemos discutir neste contexto a muita revisitada problemática referente à aplicação das regras relativas à livre circulação à matéria de imigração de nacionais de países terceiros. O que pretendemos aqui é colher contributos dessa jurisprudência. De facto, a mesma pode funcionar como um exemplo para densificar o que se deve entender por “ameaça à ordem pública”, pois neste contexto, tal conceito funciona também como um limite a um direito fundamental.

O primeiro Acórdão na matéria foi proferido no caso *Van Duyn*<sup>2861</sup>, em que o TJ trilhou caminho no sentido de se considerar que o conceito de ordem pública, enquanto derrogação a uma liberdade conferida pelo direito comunitário, se devia entender de forma estrita. No desenvolvimento da jurisprudência em causa, o TJ tem entendido, desde logo, que a noção de ordem pública deve abranger apenas um conjunto de «exigências imperativas» ou de «razões imperiosas», que afetem um interesse fundamental da sociedade<sup>2862</sup>. Neste ponto, o Tribunal do Luxemburgo controla se a referida exceção está a ser usada, num caso concreto, com «desvio de fim», *i.e.*, para se alcançarem fins que não revestem as características mencionadas.

---

<sup>2858</sup> CATHERINE DAUVERGNE, *Making People Illegal...*, p. 95. Assim, NICOLAS FERRAN, “La Politique de Maîtrise des Flux Migratoires ...”, p. 279.

<sup>2859</sup> Sobre a ligação entre imigração e criminalidade v., entre nós, MARIA JOÃO GUIA, “Imigração e Criminalidade...”, p. 20 e ss.

<sup>2860</sup> Inicialmente, para desenvolvimento da Diretiva do Conselho 64/221 de 25 de fevereiro de 1964 para a coordenação de medidas especiais relativas aos estrangeiros em matéria de deslocação e estada justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública, e também da Diretiva 75/35, de 17 de dezembro de 1974, de 17 de dezembro de 1974, que alargou o âmbito de aplicação da primeira aos nacionais de um Estado-Membro que exerçam o direito de permanecer em território de outro Estado-Membro após terem exercido neste Estado uma atividade não assalariada, e, posteriormente, para desenvolvimento da já referida Diretiva 2004/38/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, que revogou, *inter alia*, as duas primeiras. Sobre esta jurisprudência v., entre a numerosa bibliografia sobre o assunto, ABDELKHALEQ BERRAMDANE, “L’Ordre Public...”, p. 157 e ss., GEORGES KARYDIS, “L’Ordre Public dans l’Ordre Juridique Communautaire...”, p. 1 e ss.

<sup>2861</sup> Ac. de 04/12/1974, *Van Duyn*, proc. n.º 41/74.

<sup>2862</sup> Ac. de 28/10/1975, *Rutili*, proc. n.º 36/75, Ac. de 08/04/1976, *Royer*, proc. n.º C-48/75.

Em segundo lugar, a ameaça deve revestir um grau de gravidade suficiente que possa justificar o sacrifício do direito fundamental restringido. Neste aspeto, o TJ tem afirmado que a ameaça não pode decorrer de simples violação da lei. Depois, o TJ tem afirmado ainda que a noção de ordem pública apenas pode ser invocada em casos de «ameaça real e suficientemente forte»<sup>2863</sup>. Nesse sentido, o TEDH referiu que os Estados não deviam, com o objetivo de expulsar um cidadão da UE ou recusar-lhe a entrada, fundamentar-se em comportamentos que, se praticados pelos seus próprios nacionais, não dariam lugar a medidas repressivas ou a outras medidas reais e efetivas destinadas a combatê-los<sup>2864</sup>. O facto de a ameaça ter de ser *real* significa, desde logo, ter de fundar-se exclusivamente no comportamento pessoal do indivíduo<sup>2865</sup>. Por outro lado, o TJ tem considerado que a simples existência de condenações penais não é suficiente para sustentar uma ameaça à ordem pública<sup>2866</sup>. Nesse sentido, sustentou que «a existência de condenações penais não pode ter-se em conta mais do que na medida em que as circunstâncias que deram lugar a essas condutas levem a considerar a existência de uma ameaça real para a ordem pública». Assim, à existência de uma condenação penal tem de acrescer uma ponderação específica, realizada do ponto de vista da salvaguarda dos interesses subjacentes à ordem pública<sup>2867</sup>.

Por seu turno, o TEDH tem reconhecido que a ordem pública pode ser posta em causa pela prática de infrações graves. De facto, já considerou por diversas vezes que, devido à particular gravidade de um crime, e à reação do público à sua prática, algumas infrações podem suscitar um alarme social particularmente perturbador da ordem pública<sup>2868</sup>. Não obstante, ainda assim, tem em conta vários fatores para além da prática do crime, como o comportamento do estrangeiro, sua reincidência, etc., para aferir da legitimidade da medida.

A necessidade de proteção da ordem pública em sentido estrito assume diferentes sentidos consoante a modalidade de direito derivado à imigração que esteja em causa: assim, se estiver em causa um direito de entrada no território, a ordem pública assume um conteúdo preventivo. Nesse caso, a medida restritiva não se justifica com a *violação* da ordem pública, mas com a *ameaça* à ordem pública, importando um juízo de prognose que tem necessariamente de assentar em indícios concretos. Já assumirá um conteúdo repressivo nos casos em que serve de fundamento a uma medida de expulsão do território<sup>2869</sup>. Em qualquer

---

<sup>2863</sup> Ac. de 28/10/1975, *Rutili*, cit. Note-se, porém, que no Ac. de 26/11/2002, *Olaizabal*, proc. n. C-100-01, o TJ referiu que compete «aos órgãos jurisdicionais nacionais fiscalizar se as medidas adoptadas no caso em apreço dizem efetivamente respeito a um comportamento individual que constitui uma ameaça real e suficientemente grave para a ordem pública ou a segurança pública e, além disso, se respeitam o princípio da proporcionalidade».

<sup>2864</sup> Ac. de 18/05/1982, *Cornuaille*, proc. n.º C-115/81, C-116/81.

<sup>2865</sup> Ac. de 26/02/1975, *Bonsignore*, proc. n.º 67/74, Ac. 04/12/1974, *Van Duyn*, proc. n.º 41/74, Ac. de 29/10/1998, *Comissão c. Espanha*, proc. n.º C-114/97, Ac. de 12/07/1979, *Comissão c. Alemanha*, proc. n.º 153/78, Ac. de 15/05/1986, *Jonhston*, proc. n.º 222/84.

<sup>2866</sup> Ac. 04/12/1974, *Van Duyn*, cit.

<sup>2867</sup> O direito derivado consagrou a regra de que a simples existência de condenações penais não era, por si só, suficiente para motivar medidas de ordem pública ou de saúde pública. Assim, o art. 3.º §2 da Diretiva 64/221/CEE. Essa regra foi retomada pelo art. 27.º §2, alínea 1 da Diretiva de 29 abril de 2004.

<sup>2868</sup> ANNE LISE DUCROQUETZ, *L'Expulsion des Étrangers...*, p. 64.

<sup>2869</sup> EMMANUELLE NÉRAUDAU-D'UNIENVILLE, *Ordre Public...*, p. 267. Assim, também JOSÉ A.C. PEREIRA & JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *Direito de Estrangeiros...*, p. 461. Os autores referem que a menção, no elenco de motivos que podem constituir fundamento de expulsão (art. 134.º da lei de imigração), a «atentada» contra a segurança nacional e ordem pública implica que não basta uma mera suspeita, nem a simples possibilidade ou

dos casos, consideramos que a mesma só deverá valer como fundamento para a restrição dos direitos humanos do estrangeiro quando o mesmo represente um perigo concreto para a mesma, um perigo que possa advir do exercício do direito de imigração para a convivência pacífica da comunidade.

***b) Recondução dos fins mencionados a interesses constitucionalmente protegidos***

Como referido *supra*, os bens que podem legitimamente justificar uma restrição aos direitos fundamentais fim terão de ter um apoio ou reconhecimento constitucional.

Os bens coletivos ou fins estaduais acabados de mencionar são suscetíveis de ser reconduzidos interesses constitucionalmente protegidos. Com efeito, apesar de não existir nenhum catálogo de bens coletivos merecedores de proteção constitucional, muitos dos bens referidos como sendo suscetíveis de justificar restrições no contexto da proteção derivada de direitos de imigração, assentam em «valores supra-individuais fundamentais, pertinentes ao núcleo irredutível do Estado de Direito»<sup>2870</sup>. Por outro lado, a ordem e a segurança podem caracterizar-se, em geral, como sendo princípios constitucionalmente protegidos por se afigurarem como condições indispensáveis para a efetivação de direitos e liberdades constitucionais<sup>2871</sup>.

Ainda assim, a Constituição protege expressamente, em várias disposições, alguns desses valores. Assim, os valores fundamentais da sociedade democrática (art. 1.º, 2.º, e 9.º, al. b)), a cultura nacional (art. 9.º, al. e)), a segurança nacional (art. 9.º, al. a) e art. 273.º, 276.º), a saúde pública (art. 64.º), o bem-estar coletivo (art. 9.º, al. d) e 81.º) a “ordem constitucional democrática” e a “segurança pública” (art. 19.º e 272.º) e a “segurança” enquanto direito fundamental de todas as pessoas (art. 27.º, n.º1). No que toca a este último, o Tribunal Constitucional tem entendido que o mesmo reclama uma atividade positiva de proteção, destinada a «garantir a ordem, a segurança e a tranquilidade públicas, proteger pessoas e bens, prevenir a criminalidade e contribuir para assegurar o normal funcionamento das instituições democráticas, o regular exercício dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos e o respeito pela legalidade democrática»<sup>2872</sup>.

***c) Controlo do fim público protegido em concreto***

Não basta a invocação genérica de um dos fins públicos ou interesses acabados de mencionar. De facto, a doutrina tem chamado a atenção para o perigo de manipulação dos fins invocados para restringir direitos fundamentais para outros interesses. JORGE REIS NOVAIS refere que as maiorias conjunturais podem dissimular tentativas de imposição das

---

até probabilidade de que o estrangeiro venha a agir no futuro contra os interesses nacionais, sendo necessário que tenha praticado atos efetivos que tenham causado danos aos mesmos.

<sup>2870</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Bruscamente no verão passado...”, p. 328.

<sup>2871</sup> Assim, a vida, a saúde, a liberdade, o património. Sobre este ponto, v. MANUEL GROSS & JEAN-CHARLES FROMENT, “Composantes Jurisprudentiellles...”, p. 537 e, entre nós, ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA, “Função Constitucional da Polícia”, p. 28.

<sup>2872</sup> Acórdão n.º 479/94, de 07/07/1994.

suas representações particulares sob a invocação de determinados bens comuns constitucionalmente protegidos<sup>2873</sup>. Em matéria referente às políticas de imigração, STEPHEN LEGOMSKY assinala que muitos dos fins formalmente invocados funcionam como simples pretextos para prosseguir os verdadeiros motivos pretendidos pelos Estados, os quais assentam, a maior parte das vezes, em razões alicerçadas no protecionismo económico ou social, ou no securitarismo, em particular no receio de que o estrangeiro introduza elementos estranhos à comunidade e que leve à desagregação da mesma, como culturas e hábitos diferentes, ou a ameaça de criminalidade e terrorismo<sup>2874</sup>.

Ora, é naturalmente legítimo aos Estados escolherem as prioridades de cada momento histórico no que toca às suas políticas de imigração, bem como eleger os meios que considerem adequados para as prosseguir. Não obstante, essas políticas encontram limites na necessidade de salvaguarda de direitos fundamentais, especialmente nos casos em que dos mesmos resultam direitos derivados de imigração. Nesses casos, como vimos, não poderá ser qualquer fim político a ditar a restrição aos mesmos, mas apenas os que tenham dignidade constitucional. Terá de se proceder a um escrutínio rigoroso das reais motivações da intervenção estadual para determinar se a limitação em causa se funda verdadeiramente num bem com a mesma dignidade dos direitos fundamentais ou se, pelo contrário, se justifica apenas com uma determinada orientação política particular ou conjuntural. No primeiro caso poderá existir restrição ou limitação do direito fundamental. No segundo caso, o direito fundamental valerá como trunfo contra a política maioritária conjuntural.

Ora, para além do assinalado perigo de «desvio de fim», importa ainda referir outro risco respeitante ao conjunto de bens suscetíveis de justificar restrições aos direitos fundamentais-fim: a sua previsão na lei far-se-á sempre através de conceitos indeterminados que podem ser facilmente manipuláveis e não garantir a adequada segurança jurídica. Ademais, quando esteja em causa a aplicação de pena de expulsão, podem colocar-se problemas face à exigência de lei certa, consagrada no art. 29.º, n.º 3 da CRP<sup>2875</sup>.

### 2.2.3. Ponderação dos bens em conflito

#### *a) Os dois bens a ponderar*

Num caso de conflito entre direitos ou outros bens constitucionalmente protegidos, a solução acabará por dar prevalência a um em relação a outro<sup>2876</sup>. Alguns autores avançam propostas de solução que partem da prevalência em abstrato dos bens (assim, por exemplo, quando se refere que as considerações humanitárias prevalecem sempre sobre considerações

---

<sup>2873</sup> JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais...*, p. 624.

<sup>2874</sup> V. STEPHEN LEGOMSKY, “Rationing Family Values...”, p. 851. Nesses casos pode-se considerar, ainda, que o poder de expulsão não é exercido de «boa-fé», na terminologia de GUY S. GOODWIN-GILL. Cf. *International Law...*, p.262

<sup>2875</sup> Assim, TERESA PIZARRO BELEZA, “Hostilidades...”, p. 147 e CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, “Exclusões Formais, Exclusões Materiais ...”, p. 45. De uma forma mais geral, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, refere que os fundamentos das expulsões e recusas de entrada, em geral, para além da sua vagueza, «são dificilmente conciliáveis com a igual dignidade de todas as pessoas (...) e com a própria presunção de equiparação». Cf. “A Nova Lei de Entrada...”, p. 88.

<sup>2876</sup> J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 1274.

económicas)<sup>2877</sup>. No entanto, consideramos que o juízo de ponderação não pode ser levado a cabo através de uma hierarquização abstrata de bens<sup>2878</sup> ou de um suposto princípio «*in dubio pro libertate*», porque «qualquer direito fundamental cede, e deve ceder, quando nas circunstâncias do caso concreto há um outro valor, bem ou princípio que apresenta maior peso»<sup>2879</sup>. A única exceção será constituída pelo superior interesse da criança que, nos termos do art. 3.º da CDC, deve ser sempre a consideração primacial<sup>2880</sup>.

Vários autores têm sublinhado as dificuldades, e até perigos, de uma ponderação entre direitos particulares, de um lado, e bens públicos, de outro<sup>2881</sup>. A valoração dos bens em conflito faz-se através do peso que, do ponto de vista constitucional, cada um apresenta no caso concreto<sup>2882</sup>. O fundamento da restrição não será, assim, o bem coletivo em si, mas sim as vantagens específicas suplementares que o Estado obtém quando recorre àquele meio restritivo<sup>2883</sup>. Por outro lado, do lado do direito fundamental-fim, também não é este direito em si que se pondera, mas sim o peso que reveste no caso concreto<sup>2884</sup>. Esta asserção vale tanto para se aferir da proporcionalidade de um regime legal, *v.g.*, que estabelece condições para o reagrupamento familiar<sup>2885</sup>, como para se aferir da proporcionalidade de decisões concretas. No que toca ao Estado-decisor, naturalmente que apenas em face das circunstâncias concretas se poderá determinar uma relação de prevalência entre os sacrifícios

---

<sup>2877</sup> ANTÓNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, “Lé Déracinement...”, p. 327. Já num domínio jusfilosófico, ANN DUMMET & ANDREW NICOL referem que se estiver em contraposição uma consideração utilitária com um direito fundamental do imigrante, este último deve prevalecer. Cf. *Subjects, Citizens...*, p. 267. Sobre uma hierarquização dos preceitos constitucionais, v. PAULO OTERO, “Fragmentação da Constituição...”, p. 33 e 36 ss.

<sup>2878</sup> Assim, há que ter presente o Ac. do TC n.º 599/05, de 02/11/2005, que não julgou inconstitucional a norma que exigia aos estrangeiros que pretendiam obter a cidadania portuguesa capacidade económica para assegurar a sua subsistência, considerando que o estabelecimento desse requisito não era desadequado e desproporcionado, tendo em vista a sua função de não constituir obstáculo social ou político à integração do cidadão estrangeiro na comunidade portuguesa e à sua aceitação por parte da mesma comunidade.

<sup>2879</sup> ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais...*, p. 93 e ss., JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais...*, p. 58, JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional...*, Vol. II, p. 1105 e ss. Em sentido contrário, dando vários critérios de prevalência consoante a natureza do conflito em causa, J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição...*, p.135.

<sup>2880</sup> JACQUELINE BHABHA, “Children, Migration...”, p. 212.

<sup>2881</sup> Um dos «perigos» assinalados tem sido o de que proceder ao contrapeso direto de direitos individuais com interesses coletivos implica que o direito individual seja interpretado como um «meio» para a realização de um interesse coletivo. Assim, RONALD DWORKIN, *Taking Rights Seriously...*, p. 184 e ss. Sobre este ponto v., entre nós, CRISTINA M.M. QUEIROZ, *Direitos Fundamentais...*, p. 346 e ss. No contexto específico dos direitos fundamentais do estrangeiro, v. BRUNO NASCIBENE, *Il Trattamento dello Straniero...*, p. 198.

<sup>2882</sup> ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais...*, p. 168.

<sup>2883</sup> CRISTINA M.M. QUEIROZ, *Direitos Fundamentais...*, p. 321 e ss., JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais...*, p. 571.

<sup>2884</sup> JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais...*, p. 695.

<sup>2885</sup> Em sentido semelhante, o Tribunal Constitucional procedeu a um juízo de sindicância pelo princípio da proporcionalidade dos requisitos exigidos pela lei para um estrangeiro adquirir o direito à naturalização, referindo que: «por mor da força vinculativa da natureza de direito fundamental de que comunga o direito em causa, hão-de essas exigências estabelecidas pelo legislador ordinário passar o crivo da adequação, necessidade e proporcionalidade, tendo em vista precisamente a preservação do núcleo essencial de tal direito que, por natureza, há-de corresponder à evidência de um específico vínculo de integração na comunidade portuguesa». Cf. Ac. n.º 599/05, *cit.*

que a restrição pode importar para o direito fundamental do estrangeiro e as vantagens que podem decorrer para o bem coletivo que se pretende proteger com a restrição<sup>2886</sup>.

Ora, no quadro dos direitos derivados de imigração, o que se deve ponderar com tais vantagens é o peso que em concreto reveste o *direito-fim*, e não o *direito-meio* à imigração. E assim é porque o direito-fim corresponde ao valor que se pretende salvaguardar. Assim, são os sacrifícios que a medida estadual comporta para *esse direito-fim* (e não para o direito-meio) que devem ser ponderados com as vantagens provenientes para o interesse público.

Esse é, enfim, o método usado pelo TEDH em matéria de proteção derivada de direitos de imigração. Este órgão jurisdicional procede à dirimção do litígio – que opõe os direitos do indivíduo e os interesses estaduais – através daquilo que a doutrina anglo-saxónica chama de «*balancing*». Por via desse método, o TEDH sopesa os interesses em conflito concedendo prioridade àquele que, no caso concreto, revista maior peso<sup>2887</sup>. O que o TEDH pondera é, por exemplo, de um lado e através de vários fatores, o peso que a vida familiar reveste no contexto específico e os sacrifícios à mesma impostos e, de outro lado, o peso concreto que assumem os fins de salvaguarda da ordem pública.

O exercício de ponderação dos bens em conflito deverá respeitar vários princípios constitucionais, de entre os quais se destaca o princípio da proporcionalidade.

#### ***b) O princípio da proporcionalidade***

Se o direito-fim constituir um direito, liberdade e garantia, uma lei que o restrinja (importando, por exemplo, condições ao reagrupamento familiar ou limitações a proibições de expulsão), só será legítima se respeitar os requisitos do art. 18.º, n.º2 da CRP. Em particular, deve *limitar-se ao necessário* para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos e não pode ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais. Mas mesmo que não se trate de um direito com essa natureza, o princípio da proporcionalidade deverá atuar sempre que os poderes públicos pretendam limitar o exercício de um direito fundamental. Com efeito, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, ou princípio da proibição do excesso<sup>2888</sup>, decorre do princípio do Estado de direito democrático, consagrado no art. 2.º da CRP, tendo como função a «limitação do poder público (...) impondo limites resultantes da avaliação da relação entre os fins e as medidas públicas, devendo o Estado (também o Estado-legislador) adequar a sua acção aos fins pretendidos, e não estatuir soluções desnecessárias ou

---

<sup>2886</sup> J.J. GOMES CANOTILHO reconhece que a ponderação e/ou harmonização em casos concretos tem o senão de uma «perigosa vizinhança de posições decisionistas», mas que é uma necessidade ineliminável. Cf. *Direito Constitucional...*, p. 1274. Afastando críticas nesse sentido, v. ROBERT ALEX, *Teoria dos Direitos Fundamentais...*, p. 163 e ss.

<sup>2887</sup> Esta técnica é criticada por OLIVIER DE SCHUTTER & FRANÇOISE TULKENS, que consideram que nem sempre é possível medir ou quantificar os vários interesses em presença, ficando a solução final dependente da subjetividade do juiz “Rights in Conflict...”, p. 191. Não cabe aqui, naturalmente, debater os vários métodos de ponderação de bens constitucionalmente protegidos. Sobre este ponto, v. ROBERT ALEX, *Teoria de la Argumentación Jurídica...*, p. 457 e ss., e ainda *Teoria dos Direitos Fundamentais...*, p. 163 e ss. e, entre nós, CRISTINA M.M. QUEIROZ, *Direitos Fundamentais...*, p. 332 e ss.

<sup>2888</sup> Preferindo a designação «proibição do excesso», v. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais...*, p. 729 e ss., MARIA LÚCIA AMARAL, *A Forma da República...*, p. 184., J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 259 e ss.

excessivamente onerosas ou restritivas»<sup>2889</sup>. Este princípio vincula, assim, o legislador e a administração, pelo que, quer as leis reguladoras da imigração, quer as decisões concretas, têm de se justificar perante o mesmo<sup>2890</sup>.

O princípio da proporcionalidade recebe, aliás, acolhimento nos vários instrumentos do proteção dos direitos humanos, como fomos dando conta. A sua formulação é variada. Assim, o art. 8.º da CEDH prescreve, como se viu, que as ingerências no direito à vida privada e familiar têm de estar previstas na lei e «constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem – estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros». A jurisprudência supra analisada do TEDH no que toca à densificação do princípio da proporcionalidade contido no n.º 2 do art. 8.º é considerada, para alguns autores, como um dos mais elaborados exemplos de funcionamento desse princípio<sup>2891</sup>, pelo que importa ter presente o exemplo por ela fornecido na tarefa de ponderação entre a necessidade de proteção de um direito derivado de imigração e a necessidade de salvaguarda dos bens públicos pertinentes. A CDFUE contém, por seu turno, uma cláusula geral de restrição no art. 52.º, n.º1 nos termos da qual qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela Carta deve ser «prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades». Prescreve ainda que, «na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efectivamente a objectivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros»<sup>2892</sup>.

Todos estes instrumentos, pois, apontam para a necessidade de qualquer restrição aos direitos protegidos respeitar o princípio da proporcionalidade. Esse princípio desdobra-se tradicionalmente em três subprincípios: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito<sup>2893</sup>.

No que toca ao primeiro, há que demonstrar que as medidas restritivas em causa são aptas ou constituem um *meio adequado* ou *idóneo* para alcançar o fim em vista. Depois de identificado o fim concreto que determinada restrição visa prosseguir, e confirmada a legitimidade do mesmo, é necessário demonstrar que a restrição, naquele caso, do direito derivado de imigração, é o meio adequado para salvaguardar esse fim legítimo. No que toca, por exemplo, à segurança nacional, é necessário demonstrar que, da presença daquele estrangeiro no território, advêm determinados perigos em concreto, pelo que a restrição de entrada do mesmo é adequada à proteção da segurança nacional. O mesmo se diga, de resto, da ameaça aos valores fundamentais da comunidade, ao bem-estar coletivo, e demais bens públicos referidos. Em suma, cabe ao Estado identificar não só qual o fim público cuja proteção é necessária com a intervenção restritiva, como também justificar de que forma a imigração

---

<sup>2889</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 73/2009, de 11/02/2009.

<sup>2890</sup> Assim, também, EDUARDO ROIG MOLÉS, “Los Derechos de los Extranjeros...”, p. 605.

<sup>2891</sup> HÉLÈNE LAMBERT, “Family Unity in Migration Law...”, p. 204.

<sup>2892</sup> Sobre esta cláusula v., em detalhe, STEVE PEERS, “Immigration, Asylum and the European Union Charter...” (2012), p. 445.

<sup>2893</sup> V., entre nós, JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes...*, p. 161 e ss., VITALINO CANAS, “A Proibição do Excesso...”, p. 811 e ss. Estas três dimensões têm sido acolhidas pela jurisprudência do TC. V., a título de exemplo, o Ac. n.º 634/93, de 04/11/1993, e o Ac. n.º 107/2001, de 14/03/2001. Sobre a jurisprudência do TC na matéria v. PEDRO MACHETE & TERESA VIOLANTE, *O Princípio da Proporcionalidade e da Razabilidade...*, p. 18 e ss.



daquele indivíduo concreto põe em causa o referido fim<sup>2894</sup>. Exige-se, enfim, que o Estado demonstre que a presença daquele estrangeiro no território é prejudicial ao interesse público visado, pelo que o não reconhecimento de um direito de imigração é adequado para a salvaguarda desse bem.

No que toca à salvaguarda da ordem pública, a jurisprudência do TJ em matéria de liberdade de circulação de pessoas oferece mais uma vez algumas orientações. O TJ tem demonstrado que uma restrição apenas poderá ser idónea se puder tomar em consideração a situação individual do visado. De facto, desde cedo, o TJ sublinhou o carácter individualizado das medidas de ordem pública, referindo que as mesmas se justificam com referência ao comportamento individual<sup>2895</sup>. Assim, o TJ afasta a possibilidade de se usar a exceção de ordem pública com fins de prevenção geral ou de dissuasão<sup>2896</sup>. Para além do mais, sublinha a necessidade de a ameaça à ordem pública ser *atual*. I.e., as medidas devem fundamentar-se no risco que a presença do indivíduo continua a representar para a ordem pública e a segurança. O TJ afirmou que as jurisdições nacionais deviam, neste contexto, ter em consideração os *dados atuais* à data da decisão, nomeadamente quando reveladores de uma diminuição da ameaça para a ordem pública<sup>2897</sup>. A ameaça deve alicerçar-se, assim, em indícios que demonstrem uma probabilidade de o indivíduo continuar o comportamento em causa, ou que a conduta do indivíduo é de tal forma grave que a presença do mesmo no território se tornou intolerável<sup>2898</sup>.

A jurisprudência de outros organismos internacionais aponta, de resto, para o mesmo entendimento<sup>2899</sup>. Na síntese de DUCROQUETZ, decorre do direito internacional que, para a adopção de medidas restritivas, a ameaça ao interesse público que é constituída pela presença do estrangeiro deve ser *certa* e não hipotética, *iminente* e não passada ou aleatória, assim como verdadeiramente *grave*<sup>2900</sup>.

O TC já teve também oportunidade de apreciar a inidoneidade do fim “luta contra a imigração ilegal” para restringir um direito do estrangeiro em concreto, por se não se apresentar com a suficiente *concretude* para a restrição desse direito. No Ac. n.º 96/2013, o TC

---

<sup>2894</sup> Importa mais uma vez ter presente a jurisprudência do TEDH que afirmou ilustrativamente, no já citado caso *Slivenko*: «it seems that in this context the authorities did not examine whether each person concerned presented a specific danger to national security or public order. Nor has any allegation been made in this particular case that the applicants presented such a danger. The public interest instead seems to have been perceived in abstract terms underlying the legal distinctions made in domestic law». Cf. dec. de 09/10/2003, *Slivenko c. Letónia*, queixa n.º 48321/99.

<sup>2895</sup> Ac. de 26/02/1975, *Bonsignore*, proc. n.º 67/74, Ac. de 28/10/1975, *Rutili*, cit. A Diretiva n.º 64/221, respeitante às disposições relativas à expulsão do território, tomadas por razões de ordem pública ou de segurança pública, dispunha no art. 3.º que tais medidas se deviam fundar exclusivamente no comportamento pessoal do indivíduo. Essa regra foi retomada pelo art. 27.º §2 da Diretiva 2004/38.

<sup>2896</sup> Assim, JOSÉ CARLOS DE BARTOLOMÉ CENZANO, *El Orden Público* p. 331.

<sup>2897</sup> Ac. de 29/04/2004, *Orfanopoulos*, procs. apensos C-482/01 e C-493/01.

<sup>2898</sup> Assim, ANNE LISE DUCROQUETZ, *L'Expulsion des Étrangers...*, p. 118.

<sup>2899</sup> Assim, a dec. do CAT de 04/09/2000, *T.P.S. c. Canadá*, comunicação n.º 99/1997, em que esse Comité considerou que a recusa de prolongamento da permanência do estrangeiro por mais uns meses no país não podia ser feita sem qualquer consideração sobre a *ameaça concreta* que aquele indivíduo em específico representava para a segurança nacional do Estado expulsante.

<sup>2900</sup> ANNE LISE DUCROQUETZ, *L'Expulsion des Étrangers...*, p. 79. Neste ponto, algumas medidas da UE levantam dúvidas. Assim, o art. 24.º, n.º2, b) do Regulamento SIS II, que prevê a possibilidade de inserir uma indicação para efeitos de não admissão baseada unicamente em «fortes razões para crer» que o nacional de país terceiro «praticou factos puníveis graves ou indícios reais para supor que tenciona praticar tais factos no território de um Estado-Membro» é uma possibilidade bastante vaga que faz temer por um escrutínio rigoroso do princípio da proporcionalidade.

demonstra detalhadamente a necessidade de respeito pelo requisito da idoneidade, no que toca à restrição de acesso de estrangeiros à inscrição marítima. Em primeiro lugar, referiu que tal restrição não era um *meio idóneo* para prosseguir qualquer interesse de prevenção da imigração ilegal, afirmando que «o défice de concretude e imediação com que o incremento do risco de potenciação do fenómeno da imigração ilegal é associável à atribuição a estrangeiros presentes ou residentes em Portugal do direito de aceder à actividade profissional dos marítimos», torna «inidóneo para, tanto do ponto de vista da necessidade como da proporcionalidade em sentido estrito, justificar materialmente a relevância excludente do critério da nacionalidade expressa na sua conversão em pressuposto legal subjectivo do ato de inscrição marítima». Concluiu, assim, que tal restrição ao princípio da equiparação «não se mostra teleologicamente vinculada à salvaguarda, pelo menos em termos adequados, exigíveis e proporcionais, de qualquer direito ou interesse constitucionalmente protegido, pelo que não cumpre os requisitos de legitimidade das excepções a estabelecer por lei ordinária àquele princípio»<sup>2901</sup>.

O princípio da necessidade, por seu turno, exige a demonstração de que o meio escolhido é aquele, de entre os meios disponíveis que gozem de idoneidade similar, que implica menos danos para o direito-fim visado com a salvaguarda dos direitos de imigração. A Sociedade Americana de Direito Internacional refere, neste particular, que as condições de entrada ou formalidades procedimentais não se devem tornar demasiado onerosas para as pessoas em causa, ou ir para além do necessário para proteger a segurança, o bem-estar geral e os interesses económicos da Nação, ou para salvaguardar a saúde pública, a moralidade ou para manter relações harmoniosas na comunidade<sup>2902</sup>. Bastante exigente, neste ponto, é a formulação adotada por BRUNO NASCIBENE, que refere que só se deve recorrer à medida de expulsão como *ultima ratio*<sup>2903</sup>.

Por fim, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito visa sopesar a importância do fim a alcançar com a gravidade do sacrifício imposto ao particular<sup>2904</sup>. Tal tarefa tem imanente a necessidade de realização de um juízo de prognose, já que implica a necessidade de se prever os efeitos que a medida estadual (*v.g.*, de expulsão, ou de recusa de entrada) pode produzir no contexto da situação fáctica do estrangeiro<sup>2905</sup>. Neste ponto, a referência à jurisprudência do TEDH afigura-se mais uma vez importante, nomeadamente no que toca aos fatores que devem servir para avaliar a importância de cada bem em conflito, salvaguardadas as críticas que oportunamente tecemos quando da análise do respeito pela vida familiar e pela vida privada<sup>2906</sup>. Mas também a jurisprudência do TJ em matéria de

---

<sup>2901</sup> Ac. n.º 96/2013, de 19/02/2013.

<sup>2902</sup> AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, *The Movement of Persons...*, p. 25.

<sup>2903</sup> BRUNO NASCIBENE, *Il Trattamento dello Straniero...*, p. 256. A AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW acaba por também dar acolhimento a essa ideia, ao referir que o poder de expulsão deve ser usado apenas em circunstâncias excecionais. Cf. *The Movement of Persons...*, p. 90.

<sup>2904</sup> Assim, também, EDUARDO ROIG MOLÉS, “Los Derechos de los Extranjeros...”, p. 617. Para desenvolvimentos sobre este subprincípio, *v. inter alia*, GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos Fundamentales...*, p. 593 e ss., ROBERT ALEX, *Teoria dos Direitos Fundamentais...*, p. 593 e ss., VITALINO CANAS, “A Proibição do Excesso...”, p. 628.

<sup>2905</sup> Assim, VITALINO CANAS, “A Proibição do Excesso...”, p. 638.

<sup>2906</sup> A jurisprudência do STJ tem seguido a jurisprudência do TEDH neste ponto. Assim, a título de exemplo, no Ac. de 05/03/97, proc. n.º 96P1011, o STJ referiu que «a expulsão de estrangeiros deve ser ordenada quando seja estritamente necessária para proteger os interesses da ordem pública portuguesa ou para prevenção de infracções penais. Seguindo a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a expulsão deve ser proporcionada ao fim legítimo prosseguido». V. ainda, no mesmo sentido, o Ac. de 14/03/2003, proc. n.º 03P786. Neste contexto, importa referir a posição de TERESA PIZARRO BELEZA, para quem a aplicação de pena

limites à liberdade de circulação de pessoas tem sublinhado permanentemente que a restrição ao direito de entrada / permanência tem de ser levada a cabo através de medidas que não se afigurem desproporcionadas ao fim prosseguido<sup>2907</sup>.

Entre nós, a jurisprudência do STJ tem desenvolvido amplamente a necessidade de ponderação da aplicação de medidas de expulsão com os direitos fundamentais em causa. Assim, tem afirmado de forma ilustrativa que «a decisão de expulsão, que constitui uma ingerência na vida da pessoa expulsa, pressupõe, pois, sempre uma avaliação de justo equilíbrio, de razoabilidade, de proporcionalidade, de *fair balance* entre o interesse público, a necessidade da ingerência e a prossecução das finalidades referidas no art. 8.º, n.º 2, da Convenção Europeia, e os direitos do indivíduo contra ingerências das autoridades públicas na sua vida e nas relações familiares, que podem sofrer uma séria afectação com a expulsão, especialmente quando a intensidade da permanência no país de residência corta as raízes ou enfraquece os laços com o país de origem»<sup>2908</sup>.

A demonstração deste princípio exige a realização de uma avaliação em relação aos prejuízos que a medida restritiva provocará na esfera do destinatário direto, mas também do destinatário indireto. Este ponto reveste especial importância no que toca, por exemplo, à salvaguarda do direito à unidade familiar, por exigir que se tenham em conta os danos que decorrem para a vida familiar do estrangeiro não só sob a perspetiva deste, como na perspetiva dos demais membros da família.

### ***c) A garantia do conteúdo essencial***

Por fim, o art. 18.º, n.º2 exige que a restrição deixe intocado o conteúdo do direito fundamental restringido. Mais uma vez importa sublinhar que, neste contexto, é o núcleo essencial do *direito-fim* que importa salvaguardar.

Não cabe, obviamente, discutir aqui se se deve adotar a teoria absoluta ou relativa desse conteúdo essencial, ou a doutrina subjetiva ou objetiva do mesmo<sup>2909</sup>. Para o contexto da presente dissertação, partiremos da conceção absoluta de conteúdo essencial como um núcleo fundamental determinável em abstrato e intocável, que nunca pode ser afetado sob pena de o próprio direito deixar de existir<sup>2910</sup>.

A leitura dos preceitos constitucionais que consagram os direitos fundamentais-fim à luz dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos pode dar-nos pistas sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais-fim, ou, por outras palavras, sobre a manutenção do efeito útil da previsão constitucional de cada um desses direitos. Assim, por

---

acessória de expulsão a residentes condenados por crime doloso em pena superior a um ano de prisão (hoje prevista no art. 151.º, n.º2 da lei de imigração), se revela desproporcionada, já que «as consequências da pena acessórias são manifestamente superiores ao limiar mínimo de gravidade do facto que funciona como o seu pressuposto», pelo que a mesma seria contrária ao art. 18.º, n.º2 da CRP. Cf. “Hostilidades...”, p. 147.

<sup>2907</sup> Ac. de 08/04/1976, *Royer*, proc. n.º C-48/75, Ac. de 22/05/1980, *Santillo*, proc. 131/79.

<sup>2908</sup> Ac. de 10/12/2008, proc. n.º 08P2147

<sup>2909</sup> Sobre estes conceitos v., por todos, JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais...*, p. 784, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 282, J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 460.

<sup>2910</sup> GOMES CANOTILHO refere que, nos termos do art. 18.º, n.º3 da CRP, a Constituição acabou por dar prevalência às doutrinas absolutas, em detrimento das doutrinas relativas, mas que da conjugação com o art. 18.º, n.º2 acaba por ressaltar uma espécie de teoria mista. Cf. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 460.

exemplo, a unidade familiar deverá ser sempre salvaguardada, para lá de qualquer restrição admissível, sempre que a presença dos membros da família no território seja a *única forma* de a vida familiar se desenvolver, *i.e.*, sempre que não seja possível levá-la a cabo no país de origem. A vida privada deverá ser salvaguardada para lá de qualquer restrição admissível, e no final de qualquer restrição, sempre que o estrangeiro não possua laços efetivos com *qualquer outro país*.

Por outras palavras, a proteção do núcleo essencial do direito-fim exigirá uma garantia – a conceder sempre, e resistente a qualquer restrição – do direito de imigração sempre que este se constituir como único meio de levar a cabo esse direito-fim. Trata-se de um núcleo intangível e intocável, nos termos do qual se deverá garantir sempre o direito derivado de imigração, por ser a única forma de ainda tornar útil a proteção constitucional do direito-fim.

Esta é a única via que permite ao Estado não negar o sentido dos direitos fundamentais que prevê na Constituição e que garante a nacionais e a estrangeiros, nos termos do princípio da universalidade e da equiparação. Este conteúdo mínimo corresponderá ao conteúdo essencial do direito e, por isso, deverá ser salvaguardado em qualquer situação de conflito com outros bens constitucionalmente protegidos. Este conteúdo é o conteúdo intangível, aquele que deve ser *ainda* garantido depois de intervirem todas as restrições.

### 2.3. SÍNTESE CONCLUSIVA

A lei visa concretizar determinada política de imigração e realiza a ponderação entre bens públicos e privados de forma abstrata. Ora, pode suceder que um estrangeiro se encontre em situação tal que beneficia de um direito derivado de imigração, por ser titular de um direito fundamental-fim que reclama, como meios para a sua efetivação, a entrada, a permanência ou a obtenção de estatuto legal no território. Apesar de a lei não o prever, o estrangeiro é então titular de um direito derivado de imigração, que lhe é garantido constitucionalmente. Tal direito é-lhe reconhecido por ser instrumental, ou necessário para a efetivação de um direito fundamental de que o estrangeiro beneficia diretamente. Se o direito derivado de imigração se destinar a garantir o gozo efetivo de um direito constitucionalmente protegido, revestirá a natureza de direito fundamental material.

Se se tratar de um direito absoluto, deverá ser-lhe reconhecido, pelo Estado-decisor, um direito à entrada, permanência ou estatuto legal. Se se tratar de um direito relativo, o estrangeiro beneficia, *prima facie*, de um direito derivado de imigração, mas o mesmo pode ser restringido no caso concreto, se determinados bens públicos o justificarem. É necessário, contudo que essa restrição seja constitucionalmente admissível. Para esse efeito, ela terá de cumprir várias condições: (1) visar a prossecução de *fins legítimos*, constitucionalmente protegidos, (2) ser *adequada* à prossecução desses fins – o que exige uma demonstração da ameaça individual e atual que o visado representa para o referido interesse constitucional, (3) ser *necessária* à prossecução desses fins – o que exige que o meio escolhido seja aquele que implica menos danos para o direito-fim visado com a salvaguarda dos direitos de imigração, e (4) respeitar o *princípio da proporcionalidade em sentido estrito*, *i.e.*, as vantagens que da restrição resultem para o interesse público devem ter um peso maior que as desvantagens que daí resultem para o direito-fim beneficiado pelo estrangeiro. Por fim, ainda que respeitem essas condições, tais restrições podem não ser legítimas se violarem o conteúdo essencial do direito-fim. Isso sucederá nos casos em que o não reconhecimento de direitos de imigração, em qualquer uma das suas modalidades, não deixe qualquer possibilidade de se efetivar o direito fundamental em causa. Nesses casos, portanto, não pode ser negado o direito de entrada, permanência ou estatuto legal do estrangeiro num determinado Estado.

## **PARTE IV**

# **A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE IMIGRAÇÃO**

O reconhecimento de que o estrangeiro pode ser titular de direitos fundamentais de imigração exige a existência de mecanismos que garantam a efetivação dos mesmos. Desde logo, e como alguns direitos de imigração necessitam de ato estadual para se concretizarem, o estrangeiro precisa de ter meios que façam chegar ao conhecimento das autoridades estaduais o facto de ser titular de tais direitos. E esses meios devem permitir que as autoridades tomem em consideração a específica situação do estrangeiro, de forma a só poderem tomar as decisões relativas ao controlo da imigração após uma devida ponderação dessa situação. Seguidamente, o estrangeiro deve poder ter formas para reagir contra decisões que coloquem em causa os seus direitos, em particular aqueles que eventualmente poderiam fundamentar o reconhecimento de direitos derivados de imigração. São necessárias, pois, garantias de efetivação dos direitos derivados de imigração, para que não sejam direitos apenas “teóricos ou ilusórios”.

Na presente Parte pretendemos estudar brevemente quais as garantias necessárias para a efetivação dos direitos derivados de imigração. Essas garantias podem ser divididas em três tipos: garantias procedimentais, a adotar antes ou durante as decisões estaduais em matéria de imigração (Capítulo 1.); garantias de recurso jurisdicional das decisões estaduais em matéria de imigração (Capítulo 2.); e, finalmente, as garantias relativas à aplicação de medidas de detenção dos imigrantes (Capítulo 3.). Iremos analisar de que forma o direito positivo prevê as referidas garantias, tecendo algumas considerações críticas sobre as soluções atualmente em vigor.

# CAPÍTULO I

## GARANTIAS PROCEDIMENTAIS

### 1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Hoje é aceite de forma generalizada que o Estado tem o encargo de prover às condições objetivas mínimas para um exercício efetivo dos direitos fundamentais, o que engloba não só as prestações de condições materiais, mas também as prestações normativas, judiciais e administrativas no domínio da organização e procedimento<sup>2911</sup>. Ora, a importância do procedimento para a efetivação dos direitos de imigração é dupla.

Em primeiro lugar, no que toca ao exercício dos direitos de entrada e de regularização do estatuto, o mesmo é *condicionado* pela existência de um procedimento<sup>2912</sup>. E assim é porque, face à inexistência de uma liberdade geral de entrada e permanência de cidadãos estrangeiros no território, eles só podem exercer esses direitos através de ato administrativo estadual<sup>2913</sup>. Em especial no que se refere a um direito de entrada ou de obtenção do estatuto legal, os estrangeiros só têm a possibilidade de ter proteção por parte do Estado de acolhimento se se puderem dirigir ao mesmo, pedir o reconhecimento de tais direitos e exporem as razões que justificam a respetiva concessão. Assim, a garantia dos direitos de imigração exige, em primeiro lugar, a previsão de um procedimento que permita ao estrangeiro dirigir-se ao Estado de acolhimento e pedir o ato administrativo que considera que lhe salvaguarda os direitos em causa<sup>2914</sup>.

Deste modo, os direitos de imigração são garantias constitucionais com uma dimensão procedimental intrínseca<sup>2915</sup>, já que exigem a criação de um procedimento que permita ao Estado saber e apreciar da pretensão do imigrante. A imposição de um procedimento deriva do próprio preceito consagrador do direito fundamental-fim, e do princípio da efetividade dos direitos. E, «por isso, basta o respectivo preceito consagrador para tornar obrigatória a

---

<sup>2911</sup> JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais...*, p. 82, JORGE MIRANDA & RUI MEDEIROS, *Constituição...*, 2.<sup>a</sup> Edição, Tomo I, p. 423, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 141 e ss.

<sup>2912</sup> Na terminologia de J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, são «direitos procedimentalmente dependentes». Cf. *Fundamentos da Constituição...*, p.141 e ss. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE fala em «direitos sujeitos a um procedimento». Cf. *Os Direitos Fundamentais...*, p. 142.

<sup>2913</sup> Essa é, aliás, uma das distinções entre o reconhecimento de um “direito à imigração”, entendido como direito de liberdade de movimentos, e o reconhecimento de “direitos de imigração”, já que no que toca a duas faculdades dos últimos (entrada e obtenção de estatuto legal), não se prescinde de ato estadual. Cf. Considerações Prévias, ponto 1.1.2. e Parte III, Capítulo III, ponto 1.2.2.

<sup>2914</sup> No mesmo sentido, AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, *The Movement of Persons...*, p.31 e MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Os Direitos Fundamentais dos Estrangeiros...*, p. 245. Sobre o conceito de procedimento administrativo v. *inter alia*, PAULO FERREIRA DA CUNHA, *O Procedimento Administrativo...* e DAVID DUARTE, *Procedimentalização, Participação e Fundamentação...*, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo...*, p. 288 e ss.

<sup>2915</sup> JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais...*, p. 83. V., no contexto do procedimento de naturalização, o Ac. do TC n.º 599/05, de 02/11/2005.

regulação (em regra, legislativa) da organização ou do procedimento que sejam necessários ao seu exercício»<sup>2916</sup>.

Em segundo lugar, ainda que o direito não esteja dependente de *pedido*, o direito ao procedimento é ainda importante em qualquer tipo de decisão respeitante a matéria de imigração, por permitir ao estrangeiro invocar perante as autoridades estaduais a eventual titularidade de direitos fundamentais que possam impor o reconhecimento de direitos derivados de imigração, obrigando-as a ponderar esses factos antes de tomarem a decisão.

Com efeito, um procedimento é o primeiro mecanismo oferecido aos estrangeiros para que estes possam entrar no território de acolhimento ou para pedirem uma autorização de residência, mas também para se defenderem contra uma medida de expulsão<sup>2917</sup>.

Da necessidade de um procedimento decorrem vários corolários. Desde logo, nos casos de recusa de entrada na fronteira, a necessidade de previsão de um prazo, antes de o imigrante ser repellido, que lhe permita ser ouvido e/ou contactar o seu representante diplomático ou consular, um advogado ou familiares que vivam no país em questão<sup>2918</sup>, de forma a poder expor as razões que justificam um eventual direito de entrada. O mesmo se diga, de resto, dos casos de expulsão.

Depois, num segundo nível de análise, cabe sublinhar que não basta a existência de um procedimento, sendo ainda necessário que o mesmo seja dotado de determinadas características que lhe permitam cumprir adequadamente a sua função, e que se podem resumir na ideia de *procedimento justo*. A falta de procedimento, mas também a sua inadequação, complexificação, onerosidade ou falta de transparência podem ser os primeiros entraves com que um estrangeiro, que beneficia de um direito de imigração, se pode deparar. Tais obstáculos podem ser de tal forma que, em última instância, podem impedir o exercício do direito de imigração<sup>2919</sup>.

Embora não caiba desenvolver detalhadamente aqui esses aspetos, sempre diremos que um procedimento justo implica a garantia do contraditório e, em alguns casos, a celeridade do processo (por exemplo, quando esteja em causa a proteção da criança<sup>2920</sup>), bem como a necessidade de representante legal ou tradutor. Deverá ainda ser exigida a fundamentação dos atos administrativos de recusa de entrada ou de expulsão administrativa, e sua notificação de forma apropriada ao estrangeiro, com indicação expressa da possibilidade de recurso. A cobrança de taxas elevadas para a obtenção dos títulos legais pode ainda consubstanciar um obstáculo ao exercício dos direitos de imigração.

Importa sublinhar, em especial, a importância do direito de audiência prévia do estrangeiro e a necessidade de análise individualizada da sua situação antes da decisão. Desde logo, deve permitir-se ao estrangeiro expor, perante a autoridade decisora, as razões que podem, a final, implicar o reconhecimento de um direito derivado de imigração. Por outro

---

<sup>2916</sup> JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 143.

<sup>2917</sup> AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, *The Movement of Persons...*, p. 91, VIRGINIE NATALE, “Les Droits Procéduraux des Étrangers ...”, p. 311.

<sup>2918</sup> LUÍS SILVEIRA, “O Acolhimento...”, p. 231.

<sup>2919</sup> Referindo as complexidades procedimentais como um dos entraves para os estrangeiros exercerem os seus direitos, v. CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, “Exclusões Formais, Exclusões Materiais...”, p. 40. A autora refere inclusivamente que «em última análise, pode mesmo suceder que um estrangeiro que reúna as condições exigidas não possa alcançar os seus objectivos por impossibilidade (ou dificuldades que não consegue superar) de obter a documentação exigida».

<sup>2920</sup> DAVID B. THRONSON, “Kids Will Be Kids?...”, p. 1000 e ss., CANADIAN COUNCIL FOR REFUGEES, *Impacts on children...*, p. 15 e ss. e FABRICE LANGROGNET, “L’Intérêt Supérieur de l’Enfant...”, p. 1146.



lado, a entidade decisora apenas deve poder tomar a decisão após conhecer essas razões, o que exige uma análise individualizada da situação do estrangeiro. Só uma possibilidade de análise individualizada colocará as autoridades em condições de detetar que um estrangeiro possui um direito humano de imigração. Tal análise individualizada deve ser precedida, necessariamente, de uma ponderação dos vários interesses públicos e privados em presença.

Por fim, para efetivar eventuais contributos que o estrangeiro possa trazer em sede de audiência prévia, o legislador deve prever aquilo que a doutrina anglo-saxónica apelida de «*hardship clauses*», *i.e.*, cláusulas de exceção que permitam às autoridades reconhecer um direito de imigração, mesmo quando o estrangeiro não beneficie dos requisitos legalmente previstos para esse efeito<sup>2921</sup>.

Veremos de seguida que alguns instrumentos de direito positivo dão acolhimento a algumas das garantias mencionadas. Dividiremos a nossa análise em dois pontos: em primeiro lugar, as garantias que devem ser previstas no decurso dos procedimentos – *i.e.*, as obrigações procedimentais *stricto sensu* (2.). Em segundo lugar, a consagração de soluções legais que permitam ao decisor garantir direitos derivados de imigração mesmo quando o estrangeiro não cumpre os requisitos legais para o efeito, nomeadamente através da previsão de «cláusulas-exceção» (3.).

## 2. OBRIGAÇÕES PROCEDIMENTAIS *STRICTO SENSU*

As obrigações procedimentais *stricto sensu* dizem respeito a trâmites que as autoridades decisoras devem observar no decurso dos procedimentos decisórios respeitantes a matéria de imigração e que permitem aos estrangeiros, por um lado, trazer ao conhecimento daquelas eventuais situações que podem configurar direitos derivados de imigração e que, por outro lado, obrigam as mesmas a tomar em consideração tais situações e a ponderá-las antes de tomarem as decisões em matéria de imigração.

São já vários os instrumentos que preveem garantias procedimentais de algum dos tipos mencionados.

### 2.1. INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Vários dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos estudados consagram garantias procedimentais, muitas delas no que toca em específico às decisões de expulsão. Importa referir as mais importantes, com destaque especial para as consagradas pela CEDH e jurisprudência correspondente do TEDH.

#### 2.1.1. Proibição de expulsões coletivas

Uma das mais importantes garantias procedimentais que resultam do direito internacional dos direitos humanos ao exercício do *ius excludendi* é a proibição de expulsões coletivas.

A expulsão coletiva pode ser definida como uma medida que obrigue os estrangeiros, *enquanto grupo*, a abandonar um país. Trata-se da expulsão de um conjunto de estrangeiros,

---

<sup>2921</sup> DANIEL THYM, “Respect for Private?...”, p. 109.

não precedida de uma análise individualizada do comportamento ou da situação pessoal de cada indivíduo que compõe o referido grupo. A simples pertença do estrangeiro ao coletivo é motivo suficiente para ele ser abrangido pela medida de expulsão.

A proibição das expulsões coletivas fundamenta-se em vários motivos. Desde logo, a maior parte das vezes, o conjunto de estrangeiros é definido com base na partilha de uma nacionalidade ou etnia comum. Se assim for, uma medida dessas implica uma violação do princípio da não discriminação em função da nacionalidade ou etnia, por exemplo<sup>2922</sup>. Alguns autores referem que as medidas de expulsão coletiva são uma «porta aberta» para a prática do crime de genocídio<sup>2923</sup>. Uma expulsão coletiva, ou “em massa” constituirá genocídio se for levada a cabo com objetivo de destruir, no todo ou em parte, um determinado grupo nacional, étnico, racial ou religioso.

Por outro lado, a execução das expulsões coletivas torna impossível a ponderação individualizada dos direitos fundamentais dos expulsandos. Não se leva a cabo uma adequada identificação das pessoas que necessitam de proteção especial<sup>2924</sup> ou que, devido à necessidade de respeito dos seus direitos fundamentais, não podem ser expulsas.

Por todos estes motivos, as expulsões coletivas começaram a ser generalizadamente proibidas pelo direito internacional.

A Associação de Direito Internacional, na 62.<sup>a</sup> conferência que teve lugar em agosto de 1986 em Seul, aprovou uma declaração de princípios de direito internacional relativa às expulsões coletivas ou em massa<sup>2925</sup>. Esses princípios declaram que as expulsões em massa de estrangeiros não devem ser arbitrárias ou discriminatórias, nem servir de pretexto ao genocídio, confisco da propriedade ou represálias, e que o poder de expulsão deve ser conforme aos princípios da boa-fé, proporcionalidade e justiça, e com respeito pelos direitos fundamentais dos indivíduos<sup>2926</sup>. Por outro lado, propôs-se que a expulsão coletiva com violação dessas regras fosse considerada um crime internacional<sup>2927</sup>.

A condenação da medida de expulsão coletiva passou depois a ser acolhida pelos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.

Assim, o art. 4.º do Protocolo n.º4 anexo à CEDH proíbe expressamente as expulsões coletivas, tendo consagrado pela primeira vez uma norma que, para alguns, já vigorava consuetudinariamente<sup>2928</sup>. Não obstante, alguns autores consideram que a proibição aí

---

<sup>2922</sup> Nesses termos, seria ainda sancionada pelo art. 2.º, n.º1, al. a) da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação racial. RICHARD PERRUCHOU refere, no entanto, que mais do que o princípio da não discriminação, estaria em causa a ausência de um justo motivo. Assim, admite a possibilidade de expulsão de todos os estrangeiros em situação irregular ou de uma minoria religiosa, se atentar contra a identidade do Estado. Não podemos deixar de discordar do autor, face à possibilidade, em primeiro lugar, de violação de direitos derivados de imigração (ou ainda do direito de asilo) e, em segundo lugar, do princípio da proibição da discriminação em função da religião. Cf. “L’Expulsion en Masse...”, p. 683.

<sup>2923</sup> KARL DOEHRING, “Aliens, Expulsion and Deportation...”, p. 111, JEAN-MARIE HENCKAERTS, *Mass Expulsion...*, p. 42.

<sup>2924</sup> OHCHR Discussion Paper, “Expulsions of Aliens in International Human Rights Law”, in <http://www2.ohchr.org>, p. 15.

<sup>2925</sup> Declaração de Princípios de Direito Internacional sobre Expulsões Coletivas, adotado na 62.<sup>a</sup> Conferência da Associação de Direito Internacional, Seul, agosto de 1986.

<sup>2926</sup> Princípio 5 da Declaração de Princípios de Direito Internacional sobre Expulsões Coletivas. V. também RICHARD PERRUCHOU, “L’Expulsion en Masse...”, p. 688.

<sup>2927</sup> Sobre este ponto, v. ANTÓNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, *O Direito Internacional...*, p. 1002 e ss.

<sup>2928</sup> DIEGO BOZA MARTÍNEZ, *Los Extranjeros...*, p. 54. Não obstante, esta opinião não se encontra generalizada na doutrina. RICHARD PERRUCHOU sublinha que a prática dos Estados tem sido precisamente a inversa, uma

inserida é insuficiente, já que nem todos os Estados-Parte da CEDH assinaram o referido protocolo. No entanto, não se deve minorizar a importância da norma, já que a mesma consagra uma proibição absoluta – *i.e.*, os Estados não podem invocar a necessidade de salvaguarda de outro interesse para limitar aquela proibição<sup>2929</sup>.

À consagração da proibição de expulsões coletivas na CEDH seguiu-se o artigo 22.º da Convenção Internacional para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, nos termos da qual «os trabalhadores migrantes e os membros da sua família não podem ser objecto de medidas de expulsão colectiva. Cada caso de expulsão será examinado e decidido individualmente». Também aqui, pois, se consagra uma proibição absoluta. No entanto, face à já mencionada falta de ratificações alargadas deste instrumento, também esta proibição não contribui para uma generalização do princípio.

O PIDCP, por seu turno, não proíbe expressamente as expulsões coletivas. No entanto, o Comité dos Direitos Humanos tem sublinhado o direito de cada estrangeiro a uma decisão individualizada sobre o seu caso<sup>2930</sup>. Uma expulsão coletiva seria contrária ao art. 13.º do PIDCP por, precisamente, violar esse direito a uma decisão de expulsão individualizada<sup>2931</sup>.

Por fim, o Comité Europeu de Direitos Sociais já referiu que a proibição de expulsões coletivas deriva da proibição de discriminação ínsita na Carta Social Europeia, em particular no art. E, em conjugação com o art. 19.º, n.º8, relativo às garantias relativas à expulsão<sup>2932</sup>.

A principal questão que se levanta no contexto da proibição de expulsões coletivas é precisamente a da determinação do que constitui uma “expulsão coletiva”<sup>2933</sup>. A doutrina tem entendido que o critério do número de estrangeiros expulsos é insuficiente<sup>2934</sup>. De facto, “expulsão coletiva” não equivale a um conjunto de expulsões individuais.

As decisões dos organismos internacionais têm permitido lançar algumas pistas para o desenvolvimento do conceito.

---

vez que efetuam sistematicamente expulsões em massa sem questionarem o seu poder para o efeito, pelo que não existiria (pelo menos à data da obra - 1988), um costume geral ou particular no que toca à proibição de expulsão coletiva de estrangeiros. Cf. “L’Expulsion en Masse...”, p. 682.

<sup>2929</sup> Em sentido contrário, KARL DOEHRING admite a possibilidade de realização de expulsões coletivas de estrangeiros desde que haja motivos suficientemente sérios, nomeadamente quando está em causa a segurança pública do Estado. O autor aponta como exemplo o envolvimento de um grupo de estrangeiros em atividades políticas que se revelem prejudiciais aos interesses vitais do Estado de acolhimento, bem como expulsões levadas a cabo durante o Estado de Guerra. “Aliens, Expulsion and Deportation...”, p. 111.

<sup>2930</sup> Comentário Geral n.º 15, *The position of aliens under the Covenant*, de 30/09/1986.

<sup>2931</sup> V. Concluding Observations: Dominican Republic, U.N.Doc., CCPR/CO/71/DOM (2001), par. 16, onde se referiu: «*mass expulsions of non-nationals to be in breach of the Covenant, since no account of the situation of individuals for whom the Dominican Republic is their own country in the light of article 12, paragraph 4, nor of cases where expulsion may be contrary to article 7, given the risk of subsequent cruel, inhuman or degrading treatment, nor yet of cases where the legality of an individual’s presence in the country is in dispute and must be settled in proceedings that satisfy the requirements of article 13*».

<sup>2932</sup> Assim, a dec. de 24/01/2012, *European Roma and Travellers Forum c. França*, queixa n.º 64/2011. Em causa estava uma série de decisões administrativas tomadas em 2011, que ordenavam que os ciganos originários da Roménia e da Bulgária saíssem do território francês onde residiam. O Comité considerou que essas medidas eram incompatíveis com a CSE, já que não se tinham baseado numa análise das circunstâncias pessoais dos expulsandos, não respeitaram o princípio da proporcionalidade e, ao tomarem como alvo a comunidade cigana no seu conjunto, possuíam uma natureza discriminatória. Sobre este ponto, v. LÍVIA SANTANA E SANT’ANNA VAZ, “O(s) poder(es) sobre as minorias étnicas imigrantes...”, p. 386.

<sup>2933</sup> Note-se que nem sempre a doutrina usa o termo “expulsão coletiva”. Por vezes usa-se a expressão “expulsão em massa” ou “de grupo”. Considera-se, para os efeitos da presente dissertação, que todos estes termos são equivalentes.

<sup>2934</sup> RICHARD PERRUCHOU, “L’Expulsion en Masse...”, p. 678.

A ComEDH entendeu que “expulsão coletiva” abrange qualquer medida que obrigue estrangeiros *enquanto grupo* a abandonar o país, exceto quando tal medida seja adotada *depois e com base* numa análise razoável e objetiva das circunstâncias particulares de cada indivíduo que compõe o grupo<sup>2935</sup>. Este conceito foi retomado pelo TEDH no célebre caso *Conka c. Bélgica*<sup>2936</sup>, em que estava em causa a expulsão de quatro membros de uma família eslovaca pela Bélgica. O TEDH considerou que essa medida constituía uma expulsão coletiva, já que existiam vários indícios que demonstravam uma intenção das autoridades em repatriar um número substancial de eslovacos. Por outro lado, o TEDH considerou que o procedimento de expulsão não tinha oferecido garantias suficientes para as autoridades terem ponderado, de forma diferenciada, a situação real e individualizada de cada um dos estrangeiros objeto da medida de expulsão. Mas o TEDH foi mais longe, entendendo que a expulsão podia ser considerada coletiva, *mesmo que tivesse sido precedida de uma análise individual dos casos*, se tivesse como objetivo estigmatizar uma categoria particular de estrangeiros. Assim, passou a introduzir-se um elemento substancial na análise dos casos de expulsões coletivas. Deixou de ser determinante apenas a existência de ponderação individualizada dos casos, para se passar a ter também em conta os motivos que justificam a aplicação da medida<sup>2937</sup>. Não obstante, se nenhuma dessas circunstâncias se verificar, e ainda que a expulsão seja feita sobre um grupo de pessoas, se existir análise individualizada de todos os casos que compõem o grupo, não se estará perante uma expulsão coletiva, mas sim perante um conjunto de expulsões individuais<sup>2938</sup>.

Ultimamente tem havido várias condenações por violação da proibição de expulsões coletivas. Importa mencionar o caso *Hirsi e outros c. Itália*, em que a Itália foi condenada na sequência da interceção, a 35 milhas a sul de Lampedusa, de um grupo de cerca de 200 imigrantes que viajava a bordo de embarcações provenientes da Líbia, que as autoridades italianas reconduziram ao país de proveniência. Os imigrantes recorreram para o TEDH alegando violação do art. 3.º, bem como da proibição de expulsões coletivas. O TEDH considerou que o afastamento dos recorrentes possuía um caráter coletivo, já que não tinha existido análise das situações individuais de cada uma das pessoas que compunha o referido grupo, e nem sequer qualquer identificação das mesmas. Mais recentemente ainda, o TEDH voltou a condenar a Itália e também a Grécia num caso muito semelhante<sup>2939</sup>.

Por fim, em 2014 a Rússia foi também condenada por violação desta proibição, pela expulsão coletiva de 4.634 nacionais da Geórgia, ocorridas entre 2006 a 2007, e que foram levadas a cabo sem qualquer tomada em consideração da situação individual dos nacionais em causa, tendo-se tido em conta apenas a sua nacionalidade<sup>2940</sup>.

Assim, o que distingue a expulsão coletiva de um grupo de expulsões individuais é o facto de, na primeira, os indivíduos não serem considerados *ut singuli*, mas apenas enquanto

<sup>2935</sup> Dec. de 03/10/1975, *Becker c. Dinamarca*, queixa n.º 7011/75.

<sup>2936</sup> Dec. de 05/02/2002, *Conka c. Bélgica*, queixa n.º 51564/99.

<sup>2937</sup> Assim, as dec. de 23/02/1999, *Andric c. Suécia*, queixa n.º 45917/99, dec. de 23/02/1999, *Juric c. Suécia*, queixa n.º 45924/99, dec. de 16/06/2005, *Berisha e Haljiti c. Macedónia*, queixa n.º 8670/03, dec. de 20/09/2007, *Sultani c. França*, queixa n.º 45223/05.

<sup>2938</sup> Dec. de 23/07/2013, *M.A. c. Chipre*, queixa n.º 41872/10.

<sup>2939</sup> Dec. de 21/10/2014, *Sharifi e outros c. Itália e Grécia*, queixa n.º 16643/09. No caso, a Itália expulsou imigrantes que tinham entrado ilegalmente por barco na Grécia de volta a este último país, tendo sido condenada, *inter alia*, por violação da proibição de expulsões coletivas no caso de 32 cidadãos do Afeganistão, do Sudão e da Eritreia.

<sup>2940</sup> Dec. de 03/07/2014, *Georgia c. Rússia*, queixa n.º 13255/07.

componentes anónimos de um todo, pelo que a sua individualidade se funde na do grupo, que é o visado pela medida<sup>2941</sup>. Há, assim, uma verdadeira “despessoalização” dos sujeitos da medida. Pelo contrário, um caso que envolva a expulsão de uma multiplicidade de nacionais de países terceiros com fundamento em motivos semelhantes, mas individualmente considerados, não pode ser qualificada como expulsão coletiva<sup>2942</sup>. São neste contexto bastante ilustrativas as palavras de RICHARD PERRUCHOU, que considera que a expulsão coletiva concilia um critério numérico com um critério subjetivo, a que chama a «despessoalização» pelo Estado dos membros do grupo considerado<sup>2943</sup>.

Uma expulsão coletiva, por definição, não permitirá tomar em consideração os direitos dos expulsandos, correndo o risco de abranger pessoas a quem deve ser reconhecido um direito derivado de imigração. Assim, a garantia destes direitos é incompatível com uma medida deste tipo.

### 2.1.2. Garantias procedimentais em procedimento de expulsão de estrangeiros em situação regular

Apesar da consagração da proibição de expulsões coletivas de estrangeiros no art. 4.º do Protocolo n.º 4 anexo à CEDH, o Comité de Peritos que elaborou o referido Protocolo não consagrou regras para as expulsões individuais, invocando que as mesmas eram já adequadamente abordadas pelo art. 3.º da Convenção Europeia de Estabelecimento de 13 de dezembro de 1955<sup>2944</sup>. Trata-se de uma justificação insuficiente, já que a referida Convenção apenas garante direitos para os nacionais dos Estados-Parte.

Não obstante, o direito internacional consagra várias garantias procedimentais respeitantes às expulsões individuais, embora, de uma forma geral, as mesmas sejam restritas às expulsões de estrangeiros com estatuto legal no território<sup>2945</sup>.

No sistema da CEDH, cabe mencionar o art. 1.º Protocolo n.º 7 anexo à CEDH, que estipula, sob a epígrafe «garantias processuais em caso de expulsão de estrangeiros», que um estrangeiro que resida legalmente no território de um Estado não pode ser expulso, a não ser em cumprimento de uma decisão tomada em conformidade com a lei, e deve ter a possibilidade de fazer valer as razões que militam contra a sua expulsão, de fazer examinar o seu caso e de fazer-se representar, para esse fim, perante a autoridade competente. No que toca ao primeiro requisito, uma medida de expulsão pressupõe a existência de uma base legal no direito interno. O TEDH considerou que esse requisito é desrespeitado em casos em que

---

<sup>2941</sup> RICHARD PERRUCHOU, “L’Expulsion en Masse...”, p. 678.

<sup>2942</sup> KAY HAILBRONNER, *Immigration and Asylum...*, p. 490.

<sup>2943</sup> RICHARD PERRUCHOU, “L’Expulsion en Masse...”, p. 679.

<sup>2944</sup> A Convenção Europeia de Estabelecimento distingue três grupos de estrangeiros para efeitos de aplicação da medida de expulsão: em primeiro lugar, os estrangeiros regularmente residentes, que podem ser expulsos em caso de ameaça à segurança do Estado ou violação da ordem pública ou dos bons costumes; em segundo lugar, os que residem há mais de dois anos, a quem é reconhecido o direito de defesa no procedimento de expulsão, salvo motivos imperiosos relativos à segurança do Estado; e, finalmente, os residentes há mais de dez anos, que apenas podem ser expulsos por razões que se revistam de particular gravidade e sejam respeitantes à segurança do Estado, violação da ordem pública ou dos bons costumes. Sobre esta Convenção, v. RICHARD CHOLEWINSKI, “The Protection of the Right of Economic...”, p. 578. Portugal não assinou esta Convenção.

<sup>2945</sup> MARIA LUÍSA DUARTE refere, assim, que as referidas garantias «estão longe de ter uma eficácia *erga omnes*». Cf. *A Liberdade de circulação...*, p. 36.

as disposições da lei são demasiado vagas e imprecisas<sup>2946</sup>. Por outro lado, a decisão deve ser tomada pela autoridade competente, com respeito pelas disposições de direito substantivo e processual aplicáveis<sup>2947</sup>.

O n.º 2 permite que um estrangeiro seja expulso antes do exercício destes direitos, quando tal seja necessário por interesses de ordem pública ou por razões de segurança nacional. Daqui decorre, no nosso entender, que as medidas de expulsão não podem, *em regra*, ser executadas antes de se efetivarem as garantias em causa. A inclusão desta cláusula levou alguns autores a criticar a mesma, referindo que ela reservava uma ampla margem de apreciação aos Estados<sup>2948</sup>.

Com o intuito de conferir a máxima eficácia às garantias em presença, o TEDH adota uma noção autónoma de expulsão, independentemente do conceito em vigor na legislação interna. “Expulsão” abrange qualquer medida que obrigue o estrangeiro a abandonar o território de um Estado-Parte, independentemente da designação usada pela legislação interna. Não se inclui, porém, a medida de extradição<sup>2949</sup>. Por fim, cabe sublinhar que apenas os estrangeiros *residentes* podem beneficiar destas garantias, o que exclui quer os estrangeiros que tenham sido admitidos apenas para efeitos de trânsito ou com uma finalidade temporária, quer os que se encontrem em situação ilegal<sup>2950</sup>. Neste último caso, a noção de “ilegal” implica um reenvio para a legislação nacional, à qual compete determinar as condições que uma pessoa deve satisfazer para que a sua presença no território seja considerada legal.

O art. 13.º do PIDCP constitui uma norma semelhante. Determina que um estrangeiro que se encontre legalmente no território de um Estado Parte no presente Pacto não pode ser expulso, a não ser em cumprimento de uma decisão tomada em conformidade com a lei e, a menos que razões imperiosas de segurança nacional a isso se oponham, deve ter a possibilidade de fazer valer as razões que militam contra a sua expulsão e de fazer examinar o seu caso pela autoridade competente, fazendo-se representar para esse fim. Desta norma deriva, em primeiro lugar, tal como a correspondente da CEDH, a necessidade de legalidade da expulsão. Ela garante, depois, o direito de o estrangeiro ser ouvido e de ser representado perante a autoridade competente. O Estado pode, porém, derrogar os dois últimos direitos invocando “razões imperiosas” de segurança nacional<sup>2951</sup>.

---

<sup>2946</sup> V. Dec. de 08/06/2006, *Lupsa c. Roménia*, queixa n.º 10337/04. Trata-se de uma garantia fundamental que, de acordo com o TEDH, não sofre nenhuma exceção. Assim, a dec. de 05/10/2006, *Bolat c. Rússia*, queixa n.º 14139/03.

<sup>2947</sup> Dec. de 05/10/2006, *Bolat c. Rússia*, cit, dec. de 12/10/2006, *Kaya c. Roménia*, queixa n.º 33970/05.

<sup>2948</sup> Assim, DAVID MARTIN, “The Authority...”, p. 39.

<sup>2949</sup> Relatório Explicativo do Protocolo n.º 7, §10. Sobre o conceito de “noções autónomas”, v. FREDERIC SUDRE, *Droit Européen...*, p. 242 e ss.

<sup>2950</sup> Relatório Explicativo do Protocolo n.º 7, §9. Na dec. de 13/01/1993, *Voulofitch e Oulianova c. Suécia*, queixa n.º 19373/92, a ComEDH referiu que o estrangeiro cujo título de residência havia caducado não podia, por princípio, ser considerado como «regularmente» residente no país. V. ainda as dec. do TEDH de 14/03/2002, *Sejdovic e Sulejmanovic c. Itália*, queixa n.º 57574/00, dec. de 08/06/2006, *Lupsa c. Roménia*, queixa n.º 10337/04, e dec.20/09/2007, *Sultani c. França*, queixa n.º 45223/05.

<sup>2951</sup> Dec. de 18/07/1988, *V.R.M.B. c. Canadá*, comunicação n.º 236/1987, dec. de 30/03/1989, *J.R.C. c. Costa Rica*, comunicação n.º 296/1988 e dec. de 26/10/2000, *Karker c. França*, comunicação n.º 833/1998. O Comité considerou, neste ponto, que não lhe incumbia julgar da apreciação feita por um Estado soberano acerca do risco que um estrangeiro implicaria para a segurança nacional do país. No entanto, resulta das decisões do Comité que as razões imperiosas de segurança nacional devem ser excepcionais, e visar, por exemplo, os casos de expulsão de terroristas ou de espões que coloquem gravemente em causa a situação política e militar do Estado. Sobre este ponto, v. LUDOVIC HENNEBEL, *La Jurisprudence...*, p. 190.

A jurisprudência do Comité dos Direitos Humanos tem desenvolvido esta garantia. A disposição deve ser aplicada a todos os procedimentos que visem obrigar um estrangeiro a abandonar o território de um Estado, incluindo a extradição<sup>2952</sup>. No entanto, apenas os estrangeiros em situação legal no território beneficiam destes direitos. A legalidade da permanência é analisada à luz do direito nacional. Não obstante, se a própria legalidade da estadia é controvertida, devem ser aplicadas as garantias do artigo 13.<sup>o2953</sup>. Para além das garantias expressamente mencionadas, o estrangeiro tem ainda o direito de escolher o país para o qual deve ser expulso (o que não significa, porém, que tenha direito de entrada no território desse Estado)<sup>2954</sup>.

Apesar de o Comité de Direitos Humanos sublinhar que esta norma visa sobretudo estipular garantias adjetivas, a proteção que decorre da mesma pode ser mais extensa, já que se tem afirmado que ela visa sobretudo prevenir *expulsões arbitrárias*. Assim, o Comité já referiu que expulsões levadas a cabo com fundamentos manifestamente arbitrários podem também ser consideradas violadoras do art. 13.<sup>o</sup> do PIDCP<sup>2955</sup>.

Por fim, apesar de Portugal não ser parte na mesma, a Convenção das Nações Unidas para a Proteção de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros das suas Famílias prevê garantias detalhadas no que toca aos procedimentos de expulsão de estrangeiros, que podem servir de um importante exemplo. O art. 22.<sup>o</sup> garante a todos os estrangeiros o direito a serem ouvidos, nomeadamente sobre os motivos que podem obstar à sua expulsão, e de ver o seu caso reapreciado por uma autoridade competente, a não ser que a isso se oponham razões de segurança nacional. A decisão de expulsão deve ser comunicada numa língua que o expulsando entenda e ser devidamente fundamentada. O estrangeiro expulso deve, ainda, ter direito a um prazo razoável para cuidar de vários direitos que possa ter no território, como créditos ou propriedades. Esta disposição é particularmente importante porque se aplica a todos os estrangeiros que se encontrem no território dos Estados signatários, independentemente de título de residência.

Finalmente, a Declaração dos Direitos do Homem das pessoas que não possuem a nacionalidade do país em que vivem prevê, no art. 7.<sup>o</sup>, garantias procedimentais a aplicar aos estrangeiros que se encontrem legalmente no território<sup>2956</sup>.

### 2.1.3. Direito a um processo equitativo em procedimentos de expulsão

A CEDH e o PIDCP preveem ainda um direito geral a um processo equitativo, o qual pode revestir particular importância quer nos procedimentos relativos à entrada, quer ainda nos procedimentos relativos a expulsão de imigrantes em situação ilegal.

---

<sup>2952</sup> V. dec. de 20/07/1990, *Giry c. República Dominicana*, comunicação n.º 193/1985, decisão de 11/07/1988 e dec. de 03/04/1987, *Hammel c. Madagascar*, comunicação n.º 155/1983.

<sup>2953</sup> Assim, expressamente, o Comentário Geral n.º 15 do Comité dos Direitos Humanos, *The position of aliens under the Covenant*, de 30/09/1986. No mesmo sentido, a decisão individual do Comité na dec. de 30/07/1993, *Joseph Kindler c. Canada*, comunicação n.º 470/1991

<sup>2954</sup> LUDOVIC HENNEBEL, *La Jurisprudence...*, p. 190.

<sup>2955</sup> V. Dec. de 09/04/1981, *Maroufidou c. Suécia*, comunicação n.º 58/1979.

<sup>2956</sup> Nos termos desse preceito, um estrangeiro que se encontre legalmente instalado num território de um Estado apenas pode ser expulso em cumprimento de uma decisão adotada conforme a lei e, a menos que razões imperiosas de segurança nacional o impeçam, deve-lhe ser permitido apresentar defesa contra a expulsão, bem como recorrer à autoridade competente, e ser representado para esse efeito.

O art. 14.º do PIDCP estabelece as garantias que correspondem ao direito a um processo equitativo. No entanto, o Comité dos Direitos Humanos tem considerado que as mesmas não se aplicam aos procedimentos em matéria de imigração, uma vez que os mesmos não se referem a direitos em matéria civil ou criminal<sup>2957</sup>.

Essa tem sido também a posição dos órgãos de garantia da CEDH<sup>2958</sup>. Durante muito tempo, a ComEDH recusou aplicar o art. 6.º, n.º 1 da CEDH aos casos de entrada, permanência e expulsão de estrangeiros do território de um Estado-Parte, referindo que o seu âmbito era restringido à determinação de direitos ou obrigações civis ou a procedimentos criminais. Os órgãos de garantia da Convenção consideraram sempre, de resto, que as noções de “obrigações civis” ou de “processo criminal” não podiam ser interpretadas por simples referência ao direito interno, constituindo *conceitos autónomos* da Convenção<sup>2959</sup>. Ora, os procedimentos qualificados pelo juiz europeu como tendo “natureza administrativa e discricionária”, implicando o exercício de prerrogativas de soberania, não estão abrangidos por esses conceitos. Um desses casos corresponde aos procedimentos relativos a polícia de estrangeiros, ou como os órgãos de garantia qualificam, ao “exercício de poderes discricionários em matéria de imigração”<sup>2960</sup>. Assim, a ComEDH referiu que o afastamento de um imigrante em situação ilegal não podia ser considerada uma pena criminal para efeitos de aplicação do art. 6.º, já que a violação das normas de imigração não constituía necessariamente um ilícito penal<sup>2961</sup>. Mas as penas acessórias de expulsão de estrangeiros também não estariam abrangidas pela garantia oferecida pelo art. 6.º da CEDH<sup>2962</sup>.

Esta posição foi reafirmada no caso *Maaouia c. França*<sup>2963</sup>, em que o TEDH analisou uma alegada violação do art. 6.º devido à demora dos tribunais franceses em decidir um pedido de revogação de uma ordem de expulsão. A jurisprudência anterior da ComEDH foi retomada, reafirmando-se que o art. 6.º não se aplicava a processos de expulsão, por não relevar nem de matéria civil, nem de matéria penal, tratando-se, pelo contrário, de «uma medida de prevenção específica em matéria de polícia dos estrangeiros». O facto de a decisão

---

<sup>2957</sup> V. no contexto do PIDCP, Comentário Geral n.º 32, do Comité dos Direitos Humanos, *Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial*, de 23/08/2007. V. ainda a dec. de 29/07/2003, *Ernst Zündel c. Canada*, comunicação n.º 953/2000, dec. de 30/02/2007, *Mario Esposito c. Espanha*, comunicação n.º 1359/2005. Na doutrina, v. PAUL TAVERNIER, “Le droit à un procès équitable dans la jurisprudence du Comité...”, p. 3 e ss. e, entre nós, ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Direito Internacional...*, p. 167 e ss.

<sup>2958</sup> V., sobre este ponto, JACQUES DEBRAY, “Les Procédures Judiciaires et Administratives d’Éloignement...”, p. 321 e ss.

<sup>2959</sup> Sobre o conceito de direitos ou obrigações civis adotado pelo TEDH, v. CATHERINE TEITGEN-COLLY, “L’Éloignement des Étrangers...”, p. 258 e FREDERIC SUDRE, *Droit Européen...*, p. 353.

<sup>2960</sup> V., entre outras, a dec. de 16/10/1986, *Lukka c. Reino Unido*, queixa n.º 12122/86, e jurisprudência aí citada. A ComEDH considerou que essa circunstância não se alterava mesmo que o estrangeiro invocasse que a medida de expulsão poderia interferir com a sua vida familiar e, por isso, com um direito civil. Assim, a dec. de 02/05/1979, *Singh and Uppal c. Reino Unido*, queixa n.º 8244/78 e a dec. de 15/12/1967, *X, Y, Z., V. e W. c. Reino Unido*, queixa n.º 3325/67.

<sup>2961</sup> Dec. de 13/06/1982, *Zamir c. Reino Unido*, queixa n.º 9174/80.

<sup>2962</sup> Também as medidas de extradição não caberiam no campo de aplicação desta norma, já que num procedimento de extradição as autoridades do Estado extraditante não apreciam a culpabilidade ou a inocência de um indivíduo acusado da prática de um determinado crime. Sobre este ponto, v. CATHERINE TEITGEN-COLLY, “L’Éloignement des Étrangers...”, p. 261. No entanto, no caso *Soering*, o TEDH afirmou que uma decisão de extradição podia, excecionalmente, levantar problemas de compatibilidade com o art. 6.º CEDH, nos casos em que pudesse estar em causa uma negação flagrante de justiça. Cf. dec. de 07/07/1989, *Soering c. Reino Unido*, de 14038/88.

<sup>2963</sup> Dec. de 22/03/2000, *Maaouia c. França*, queixa n.º 39652/98.



poder ter implicações nos direitos civis do recorrente não era suficiente para o processo respetivo ser qualificado como um processo civil para os efeitos do art. 6.<sup>o</sup><sup>2964</sup>. Por outro lado, apesar de a decisão controvertida respeitar à aplicação de uma pena acessória de expulsão, mesmo na sequência de um procedimento criminal, a aplicação da medida de expulsão em si ainda se inseria nas necessidades gerais de prevenção de ameaça à ordem pública que fundamentam a polícia de estrangeiros.

O TEDH acrescentou ainda novo um argumento para afastar a aplicação do art. 6.<sup>o</sup> da CEDH aos procedimentos de expulsão: chamou à colação o art. 1.<sup>o</sup> do Protocolo n.º7, destinado especificamente a prever garantias procedimentais para os casos de expulsão de estrangeiros, referindo que, ao terem assinado o referido protocolo, os Estados-Parte assumiam que as garantias previstas no art. 6.<sup>o</sup> da CEDH não eram aplicáveis aos procedimentos de expulsão<sup>2965</sup>. No entanto, a proteção oferecida pelo art. 1.<sup>o</sup> do Protocolo n.º7 não esgota a oferecida pelo art. 6.<sup>o</sup> da CEDH. Desde logo, porque, como já se referiu, o Protocolo apenas se aplica a estrangeiros com residência legal no território, deixando de fora todos os demais. Para além do mais, não se aplica aos processos de recusa de entrada, campo em que o art. 6.<sup>o</sup> da CEDH poderia oferecer proteção. Neste ponto, pois, parece que ainda não se retirou a máxima potencialidade da afirmação do princípio da universalidade e da igualdade dos direitos humanos. Esta abordagem do TEDH coaduna-se mal com os métodos interpretativos usados pelo mesmo e que, normalmente, dão relevância à teleologia da CEDH e ao objetivo de conceder a maior efetividade possível aos direitos consagrados, como se viu *supra*<sup>2966</sup>.

Não obstante, em alguns casos relativos a matéria de imigração, o TEDH acabou por reconhecer o direito a um procedimento justo por força da aplicação do art. 13.<sup>o</sup> da CEDH, que garante o direito a um recurso efetivo. Neste contexto, é paradigmática a decisão no caso *G.R. c. Holanda*, em que o TEDH considerou ter existido violação do art. 13.<sup>o</sup> no respeitante ao acesso efetivo *à via administrativa* para obtenção de uma autorização de residência<sup>2967</sup>. Esta decisão foi bastante importante, por dizer respeito, precisamente, ao acesso efetivo à via administrativa, nos casos de entrada no território. O TEDH sublinhou que a questão essencial consistia em saber se, no caso, o recorrente tinha tido um acesso efetivo ao procedimento administrativo através do qual poderia, através do cumprimento das condições previstas na lei, obter uma autorização de residência que lhe permitiria viver na Holanda. O TEDH referiu que tal procedimento era «efetivo na lei», no sentido de que o mesmo se encontrava previsto, mas que não se podia considerar «efetivo na prática», face aos elevados montantes cobrados para o efeito. A questão foi analisada à luz do art. 13.<sup>o</sup> porque a queixa estava relacionada com o facto de o recorrente não ter capacidade para impugnar a recusa do título de residência. Esta decisão foi um desenvolvimento importante no que toca à garantia de efetividade dos direitos derivados de imigração, por garantir o acesso ao procedimento administrativo necessário para obtenção do título de residência.

---

<sup>2964</sup> Assim o reafirmou recentemente o TEDH na dec. de 14/04/2015, *Tatar c. Suíça*, queixa n. 65692/12.

<sup>2965</sup> Criticando este raciocínio, v. DIEGO BOZA MARTÍNEZ, *Los Extranjeros...*, p. 62.

<sup>2966</sup> Cf. Parte III, Capítulo I. V., no mesmo sentido, NICHOLAS SITAROPOULOS, “The Role and Limits...”, p. 101.

<sup>2967</sup> Dec. de 10/01/2012, *G.R. c. Holanda*, queixa n.º 22251/07.

#### 2.1.4. Garantias procedimentais derivadas de outros direitos humanos

Uma vez que as garantias procedimentais expressamente previstas na CEDH e no PIDCP em matéria de imigração apenas abrangem as decisões de expulsão referentes a estrangeiros em situação regular, poder-se-ia pensar que dos mesmos instrumentos não resultariam quaisquer obrigações procedimentais no que respeita, por um lado, aos demais procedimentos de expulsão (nomeadamente, de imigrantes em situação ilegal) e, em segundo lugar, aos procedimentos referentes à entrada ou à obtenção de estatuto legal no território. Ora, não é bem assim, já que os respetivos órgãos de garantia têm vindo a desenvolver garantias procedimentais por outras vias.

De facto, o TEDH decidiu já por diversas vezes que os procedimentos em matéria de imigração não podiam, eles próprios, violar outros direitos previstos na CEDH. Assim, a salvaguarda de outros direitos previstos na CEDH pode exigir determinados requisitos de justiça procedimental. Desde logo, os procedimentos administrativos respeitantes ao controlo da imigração devem respeitar o direito à vida e à integridade física. A salvaguarda desses direitos implica que as medidas de controlo fronteiriço ou as medidas destinadas ao afastamento forçado de estrangeiros com recurso à força sejam levadas a cabo como *ultima ratio*<sup>2968</sup>.

Por outro lado, o TEDH tem vindo a afirmar a importância do direito ao procedimento como meio de garantir e efetivar direitos fundamentais substanciais previstos na CEDH. Trata-se precisamente do mecanismo da proteção derivada, mas agora respeitante à afirmação de direitos procedimentais. Essa jurisprudência foi já desenvolvida no que toca à proibição de expulsão derivada do art. 3.º e do art. 8.º.

No que respeita ao art. 3.º, o TEDH analisa se o risco de sujeição a tortura, tratamentos desumanos ou degradantes, invocado por um nacional de país terceiro num caso de expulsão, é adequadamente ponderada pelas autoridades antes de procederem a essa decisão<sup>2969</sup>. O TEDH fala, neste contexto, num «dever de avaliar adequadamente os alegados riscos de sujeição a tratamentos contrários ao art. 3.º em caso de expulsão»<sup>2970</sup>.

No que toca ao art. 8.º, o TEDH afirmou que o mesmo contém garantias processuais imanentes que impedem a ingerência arbitrária na vida privada e familiar. Assim, no caso *C.G. c. Bulgária*, considerou que um procedimento de expulsão de um residente de longa duração, - que não proporcionou ao recorrente oportunidade para ser adequadamente ouvido, que tinha sido pouco transparente e que, por isso, não tinha permitido uma análise completa das circunstâncias pessoais do mesmo -, tinha desrespeitado o art. 8.º da CEDH<sup>2971</sup>. Num outro processo, referente a uma medida de expulsão que envolvia crianças, o TEDH considerou também ter havido falhas no processo decisório, em particular por não se ter tido devidamente em conta o interesse superior da criança, e não ter existido coordenação entre as autoridades na determinação desse interesse<sup>2972</sup>.

---

<sup>2968</sup> VINCENT CHÉTAIL, “The Transnational Movement of Persons...”, p. 60.

<sup>2969</sup> Assim, a dec. de 15/01/2015, *Eshonkulov c. Rússia*, queixa n. 68900/13, dec. de 21/05/2015, *Mukhitdinov c. Rússia*, queixa n. 20999/14, dec. de 21/07/2015, *H.S. e outros c. Chipre*, queixa n. 41753/10.

<sup>2970</sup> Dec. de 26/02/2015, *Khalikov c. Rússia*, queixa n. 66373/13.

<sup>2971</sup> Dec. 24/04/2008, *C.G. e outros c. Bulgária*, queixa n.º 1365/07.

<sup>2972</sup> Dec. de 21/12/2010, *Anayo c. Alemanha*, queixa n.º 20578/07.

Por seu turno, em dois casos em que os recorrentes invocavam também violação do art. 8.º, o TEDH afirmou que o mesmo implica a necessidade de respeito por direitos procedimentais, ainda que os recorrentes se encontrassem em situação ilegal<sup>2973</sup>. No caso *Al Nashif*, o recorrente foi expulso sumariamente, sem as autoridades terem levado a cabo qualquer forma de procedimento contraditório, e sem lhe terem sido facultadas razões para a expulsão, pelo que o TEDH considerou que a mesma tinha sido arbitrária<sup>2974</sup>. De forma ainda mais ilustrativa, no caso *Liu c. Rússia*, o TEDH afirmou que o simples facto de uma pessoa se encontrar em situação ilegal no território não excluía o dever de o Estado agir sem arbitrariedade, devendo garantir-se, pelo menos, o contraditório e o acesso a um órgão independente de revisão da decisão de expulsão<sup>2975</sup>.

Por fim, cabe mencionar que o CAT tem também afirmado que um efetivo respeito pelo art. 3.º da Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes exige que o expulsando tenha a possibilidade de expor o seu caso às autoridades do Estado que o pretende expulsar. Daí decorre a necessidade de reconhecimento de garantias procedimentais no decurso dos processos de expulsão. Foram vários Estados que alteraram os procedimentos de expulsão de estrangeiros de forma a respeitar esta exigência<sup>2976</sup>.

## 2.2. DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

O direito geral a um procedimento justo é também protegido pelo direito da UE, tendo sido afirmado pelo TJ que o mesmo se enquadra no princípio da efetividade, entendido no sentido de que as normas do direito nacional não devem tornar, na prática, impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica da União<sup>2977</sup>. São várias as normas da UE que garantem formas de tornar efetivos os direitos reconhecidos por esta ordem jurídica, quer em geral, quer em particular em matéria de imigração.

### 2.2.1. Carta dos Direitos Fundamentais da UE

#### *a) Direito a uma boa administração*

O art. 41.º da CDFUE garante a todas as pessoas o direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo

---

<sup>2973</sup> O TEDH referiu, em particular que, os referidos procedimentos de expulsão, ao não preverem semelhantes garantias, não podiam ser considerados como tendo sido feitos «com base na lei», no sentido do n.º 2 do art. 8.º da CEDH.

<sup>2974</sup> Dec. de 06/06/2002, *Al Nashif c. Bulgária*, queixa n.º 50963/99.

<sup>2975</sup> Dec. de 06/12/2007, *Liu c. Rússia*, queixa n.º 42086/05.

<sup>2976</sup> OHCHR Discussion Paper, “Expulsions of Aliens in International Human Rights Law”, in <http://www2.ohchr.org>, p. 3. Merece especial referência a dec. de 16/11/2007, *Bachan Singh Sogi c. Canada*, comunicação n.º 297/2006.

<sup>2977</sup> Ac. de 05/11/2014, *Mukarubega*, proc. n.º C-166/13.

razoável<sup>2978</sup>. Esse direito compreende o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente, o direito de acesso aos processos que se lhe refram, e a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. O TJ tem afirmado, no entanto, que a garantia em causa tem como destinatários os órgãos da UE e não os Estados-Membros diretamente<sup>2979</sup>. Alguma doutrina defende, porém, que, por força do art. 51.º da CDFUE, é aplicável ainda em relação aos Estados-Membros, quando os mesmos apliquem direito da União<sup>2980</sup>.

Não obstante, desde cedo, o princípio da boa administração foi erigido como princípio geral reconhecido pelo direito da UE<sup>2981</sup>. Tal direito garante, desde logo, «que qualquer pessoa tenha a possibilidade de dar a conhecer, de maneira útil e efectiva, o seu ponto de vista no decurso do procedimento administrativo e antes da adopção de qualquer decisão susceptível de afectar desfavoravelmente os seus interesses»<sup>2982</sup>. O TJ desenvolveu ainda a necessidade de um exame atento do conjunto de elementos de facto e de direito que condicionam a decisão, incluindo a obrigação de tomar em consideração os pedidos ou indicações facultados pelo destinatário da mesma<sup>2983</sup>, ou ainda a obrigação de ponderação de interesses em presença - os da administração e os dos administrados<sup>2984</sup>. Assim, decorre da jurisprudência do TJ o direito a ser ouvido antes de qualquer decisão que afete desfavoravelmente os interesses dos particulares, bem como o dever de ponderação dos vários interesses em presença<sup>2985</sup>.

Esse princípio revela-se de importância crucial nos procedimentos de imigração. É importante neste ponto a referência ao caso *M.M.*<sup>2986</sup>, ainda que o mesmo tenha sido emanado no contexto da proteção subsidiária. O TJ sublinhou que as garantias previstas na Carta devem ser observadas em todos os procedimentos que possam culminar numa medida que afete desfavoravelmente a parte, *mesmo nos casos em que os procedimentos específicos não o prevejam expressamente*. Mais afirmou que o direito a ser ouvido antes da tomada da decisão implica que a autoridade tenha em devida conta os argumentos aduzidos pelas partes, e fundamente a decisão nesse sentido.

---

<sup>2978</sup> Para um comentário, v. EU NETWORK OF INDEPENDENT EXPERTS ON FUNDAMENTAL RIGHTS, *Commentary of the Charter...*, p. 328 e ss., CLÁUDIA VIANA, “Artigo 41.º - Direito a uma boa administração...”, p. 483 e ss.

<sup>2979</sup> V., *inter alia*, Ac. de 21/12/2011, *Cicala*, proc. n.º C-482/10. Em sentido contrário, referindo que as garantias em causa têm como destinatários também os próprios Estados-Membros, v. as conclusões do Advogado-Geral Melchior Wathelet no caso *Mukarubega*, proc. n.º C-166/13.

<sup>2980</sup> Assim, CLÁUDIA VIANA, “Artigo 41.º - Direito a uma boa administração...”, p. 484. Refere a autora que «ao prescrever que os Estados-Membros devem respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação, de acordo com as respectivas competências e observando os limites das competências conferidas à União pelos Tratados, o artigo 51.º, conjugado com o artigo 52.º, n.º2, limita e relativiza o princípio da autonomia organizativa e procedimental (e também processual) dos Estados-Membros, na medida em que aquela autonomia tem de ser conciliada com a aplicação uniforme e com a eficácia do Direito da União (...), incluindo o direito fundamental a uma boa administração sempre que aquele esteja em causa».

<sup>2981</sup> Sobre a afirmação do princípio da «boa administração» como princípio geral da UE, v. CLÁUDIA VIANA, “Artigo 41.º - Direito a uma boa administração...”, p. 484.

<sup>2982</sup> Ac. de 08/01/2002, *France c. Monsanto*, proc. C-248/99..

<sup>2983</sup> Ac. de 19/10/1983, *Lucchini c. Comissão*, proc. 179/82.

<sup>2984</sup> Ac. de 08/01/2002, *France c. Monsanto*, cit.

<sup>2985</sup> Ac. de 05/11/2014, *Mukarubega*, cit. Assim, também, CLÁUDIA VIANA, “Artigo 41.º - Direito a uma boa administração...”, p. 488.

<sup>2986</sup> Ac. de 22/11/2012, *M.M.*, proc. n.º C-277/11.

***b) Garantias em procedimentos de expulsão***

Da CDFUE decorrem, depois, garantias procedimentais específicas em matéria de imigração. As mais expressivas dizem respeito aos procedimentos de expulsão. Neste contexto, cabe referir, em primeiro lugar, o art. 19.º da CDFUE, que consagra, no seguimento do art. 4.º do Protocolo n.º4 anexo à CEDH, a proibição absoluta expulsões coletivas<sup>2987</sup>. Neste ponto, há que ter em conta o art. 52.º, n.º 3 da Carta, que estipula que, quando a mesma contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela CEDH, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por esta Convenção, a não ser que o Direito da UE confira uma proteção mais ampla. Não havendo indícios de que se pretendeu conferir uma proteção mais elevada, as considerações que se teceram a propósito do art. 4.º do Protocolo n.º4 anexo à CEDH devem também ser aplicadas neste contexto. Assim, também a CDFUE garante que os estrangeiros tenham direito a uma ponderação *individualizada* do seu caso – abrindo, assim, a porta para uma eventual tomada de conhecimento e de proteção de um direito derivado de imigração -, através da proibição de expulsões coletivas.

**2.2.2. Normas de direito derivado**

Importa agora saber quais as garantias procedimentais previstas pelas normas constantes dos instrumentos da UE emanados no seio do desenvolvimento da política comum de imigração.

***a) Normas relativas a procedimentos de expulsão***

Importa saber de que forma os atos de direito derivado da UE que regulam procedimentos de expulsão preveem garantias procedimentais, de forma a acautelar a tomada em consideração de fatores que podem, a final, implicar o reconhecimento um direito derivado à não expulsão.

Desde logo, revela-se importante a Diretiva 2001/40/CE, relativa ao reconhecimento mútuo de decisões de afastamento de nacionais de países terceiros. Este instrumento não estabelece propriamente um *procedimento automático* de reconhecimento e execução de decisões de expulsão emanadas por um Estado-Membro. As decisões de afastamento são executadas de acordo com a legislação aplicável do Estado-Membro de execução. No entanto, esse Estado é livre para dar ou não seguimento ao pedido. Ora, a Diretiva impõe que o Estado-Membro de execução proceda a uma análise prévia da situação da pessoa em causa para se certificar que nem os atos internacionais pertinentes, nem a regulamentação nacional aplicável impedem a execução da decisão de afastamento (art. 6.º). Isso exige que o Estado de execução leve a cabo uma análise da situação individual do estrangeiro à data da execução da expulsão para haver certezas de que, com a medida, não se corre o risco de se violar um

---

<sup>2987</sup> Para desenvolvimentos sobre o âmbito de proteção conferida por este artigo, v. JEAN-YVES CARLIER, “La Place des Ressortissants...”, p. 187 e ainda ANA RITA GIL, “Comentário ao art. 19.º...”, p. 244 e ss.

direito fundamental derivado de imigração<sup>2988</sup>. Assim, mesmo que o Estado-Membro que emitiu a decisão de expulsão tenha feito essa avaliação, o Estado de execução terá de repeti-la, uma vez que as circunstâncias entretanto poder-se-ão ter alterado<sup>2989</sup>.

Apesar de a exigência acabada de expor ser uma referência sumária a obrigações procedimentais, julgamos que, da necessidade de «análise prévia da situação da pessoa em causa» decorrem várias obrigações, como as de informação ou de notificação do pedido de execução da expulsão, e de audiência prévia do expulsando, pois só assim as autoridades do Estado-Membro de execução poderão ter ao seu dispor todos os elementos necessários para poderem ponderar «a situação da pessoa em causa», nomeadamente averiguar se a mesma beneficia de um direito derivado à não expulsão.

Por seu turno, a Diretiva 2008/115/CE, (“Diretiva Retorno”) estabelece garantias procedimentais mais detalhadas. O considerando n.º 6 prescreve, nesse sentido, que «os Estados-Membros deverão assegurar a cessação das situações irregulares de nacionais de países terceiros através de um procedimento justo e transparente». Em duas decisões recentes, o TJ afirmou que a Diretiva compreendia o direito de um nacional de país terceiro em situação irregular ser ouvido antes da adoção de uma decisão de regresso a seu respeito, apesar de a Diretiva não prever expressamente esse direito<sup>2990</sup>. Tal direito abrange a possibilidade de exprimir o seu ponto de vista *quanto à legalidade da sua residência*, bem como quanto à eventual aplicação dos artigos 5.º e 6.º, n.º 2 a 5, referentes ao superior interesse da criança, à tomada em consideração da vida privada e familiar, ao estado de saúde do estrangeiro e ao respeito pelo princípio da não repulsão. Isso implica, pois, a possibilidade de o expulsando se pronunciar sobre elementos que podem fundamentar um direito derivado de permanência no território – e de regularização do estatuto –, através da concessão de uma autorização de residência por razões compassivas, humanitárias ou outras, nos termos do n.º 4 do art. 6.º.

O TJ sublinhou, de facto, que a audiência prévia tem por finalidade permitir que a autoridade competente tenha utilmente em conta todos os elementos pertinentes, a fim de assegurar uma proteção efetiva da pessoa em causa. O estrangeiro pode, assim, invocar determinados elementos relativos à sua situação pessoal que militam no sentido de que a decisão seja tomada, não seja tomada ou possua determinado conteúdo<sup>2991</sup>. Por outro lado, o TJ afirmou ainda que «o referido direito implica igualmente que a administração preste toda a atenção necessária às observações assim submetidas pelo interessado, examinando, com cuidado e imparcialidade, todos os elementos pertinentes do caso concreto e fundamentando a sua decisão de forma circunstanciada»<sup>2992</sup>.

Estas decisões foram particularmente importantes, uma vez que a Diretiva não especifica se, e em que condições, deve ser assegurado o respeito pelo direito dos nacionais de países terceiros serem ouvidos *antes da adoção* de uma decisão de regresso. O TJ alicerçou-se sobretudo no 41.º da CDFUE, bem como na sua jurisprudência constante, de acordo com a

---

<sup>2988</sup> No sentido de a Diretiva não acautelar devidamente contra este risco, PATRICIA ARGEREY VILAR, LUCANA ESTÉVEZ MENDOZA, MERCEDES FERNÁNDEZ GARCIA, EVA MENÉNDEZ SÉBASTIÁN, *El Fenómeno de la Inmigración en Europa...*, p. 61.

<sup>2989</sup> Assim, já se referiu *supra*, Parte III, Capítulo II, ponto 1.3.2. e 2.4.4.

<sup>2990</sup> Ac. de 05/11/2014, *Mukarubega*, proc. n.º C-166/13 e Ac. de 11/12/2014, *Khaled Boudjlida*, proc. n.º C-249/13. Para um comentário ao primeiro aresto, v. MARIE-LAURE BASILIEN-GAINCHE & TANIA RACHO, “Quand le souci d’efficacité de l’éloignement...”, p. 2 e ss.

<sup>2991</sup> Ac. de 05/11/2014, *Mukarubega*, cit.

<sup>2992</sup> Ac. de 11/12/2014, *Khaled Boudjlida*, cit.

qual «o respeito dos direitos de defesa constitui um princípio fundamental do direito da União de que o direito de ser ouvido faz parte integrante».

No entanto, o TJ moderou estes vários direitos de diversas formas. No caso *Mukarubega*, afirmou que, estando a decisão de regresso intimamente ligada à constatação da irregularidade da permanência, o direito de ser ouvido não pode ser interpretado no sentido de que, quando a autoridade nacional competente preveja adotar simultaneamente uma decisão que declara uma situação irregular e uma decisão de regresso, essa autoridade tenha necessariamente de ouvir o interessado sobre a decisão de regresso, se já o ouviu sobre a primeira questão.

No caso *Khaled Boudjlida*, referiu que as autoridades não tinham a obrigação de prevenir o estrangeiro, antes dessa mesma audição, de que tencionam adotar uma decisão de regresso a seu respeito, *sempre que o estrangeiro tenha a possibilidade de apresentar, de maneira útil e efetiva, o seu ponto de vista*<sup>2993</sup>. Assim, o critério determinante é o de saber se o estrangeiro teve a oportunidade de apresentar, de maneira útil e efetiva, a sua defesa sobre a irregularidade da sua permanência e sobre os motivos suscetíveis de justificar, à luz do direito nacional, que a referida autoridade não adote uma decisão de regresso.

Por outro lado, o TJ afirmou ainda que o direito a apoio jurídico seria apenas garantido «desde que o exercício desse direito não afete o bom andamento do procedimento de regresso e não comprometa a execução eficaz da Diretiva 2008/115». Por fim, referiu ainda que o referido direito não abrangeria a obrigação de providenciar assistência jurídica gratuita.

O TJ refere que estas limitações resultam do simples reconhecimento de que os direitos procedimentais não possuem natureza absoluta. As mesmas justificam-se com o facto de o direito a ser ouvido antes da adoção de uma decisão de regresso não poder ser instrumentalizado para reabrir indefinidamente o procedimento administrativo, devendo ser conjugado com a obrigação de os Estados-Membros de combaterem a imigração ilegal. No entanto, parecem-nos reduzir o âmbito de proteção do direito à audiência prévia, pois o mesmo pressuporia sempre o conhecimento, por parte do estrangeiro, de que a administração estaria a ponderar emitir uma decisão de retorno contra o mesmo. Só sabendo a totalidade dos *planos* da administração poderá o nacional de país terceiro defender-se eficaz e plenamente face aos mesmos, trazendo à colação todos os fatores relevantes.

A Diretiva estipula ainda que as decisões de regresso e as proibições de entrada devem revestir forma escrita, ser fundamentadas e acompanhadas de informações acerca das vias de recurso disponíveis (art. 12.º). O TJ tem dado particular ênfase ao dever de fundamentação, sublinhando que o mesmo tem de ser levado a cabo «de forma suficientemente específica e concreta para permitir que o interessado possa compreender as razões da recusa oposta ao seu pedido», sendo esse dever específico um corolário do princípio do respeito dos direitos de defesa<sup>2994</sup>. A pedido do interessado, deve ser ainda facultada tradução<sup>2995</sup>. No que toca a crianças, o art. 10.º estabelece que, antes da aplicação de uma decisão de regresso aplicável a um menor não acompanhado, é concedida assistência pelos organismos adequados, tendo na devida conta o interesse superior da criança.

A Diretiva afirma, por fim, que o recurso a medidas coercivas deverá estar expressamente sujeito aos princípios da proporcionalidade e da eficácia no que respeita aos meios utilizados

---

<sup>2993</sup> Ac. de 11/12/2014, *Khaled Boudjlida*, cit.

<sup>2994</sup> Ac. de 05/11/2014, *Mukarubega*, proc. n.º C-166/13.

<sup>2995</sup> Sobre este ponto, v. EMANUELA CANETTA, “The EU Policy on Return...”, p. 444.

e aos objetivos prosseguidos<sup>2996</sup>. Consagra-se o princípio de que o retorno voluntário deve ser preferido em relação ao retorno forçado<sup>2997</sup>. Para esse efeito, a Diretiva prevê um prazo de saída voluntária, cuja duração pode ir de 7 a 30 dias, e que se fixará tendo em conta as circunstâncias concretas de cada caso e, em particular, a existência de crianças e os vínculos sociais e familiares existentes.

***b) Normas relativas a procedimentos de entrada no território***

Alguns instrumentos de direito derivado da UE preveem ainda obrigações procedimentais no que respeita às decisões relativas à entrada no território dos Estados-Membros. No entanto, ainda assim, as normas respeitantes aos imigrantes que se encontram ainda fora do Espaço da UE são consideradas o «ponto fraco» no que toca à proteção legal dos nacionais de países terceiros<sup>2998</sup>.

Neste contexto, há que mencionar um conjunto de regulações que estipulam as primeiras normas com que o estrangeiro se confronta quando pretende entrar no território de um dos Estados-Membros. Desde logo, importa ter presentes as normas do Código de Fronteiras Schengen<sup>2999</sup>, cujo art. 13.º determina que a entrada só pode ser recusada por decisão fundamentada que indique as razões precisas da recusa e seja emanada pela autoridade competente nos termos do direito nacional. Neste contexto, uma decisão do Conselho de 2004 criou um formulário que deve ser preenchido e entregue a todos os nacionais de países terceiros cuja entrada seja negada. A recusa tem de se fundamentar num dos motivos aí expressamente indicados, os quais são taxativos<sup>3000</sup>.

Um dos motivos indicados é a menção do estrangeiro na lista de pessoas indicadas para efeito de não admissão (SIS ou registo nacional). Nos termos do art. 5.º do Código de Fronteiras Schengen, uma entrada numa fronteira externa deve ser negada a nacionais de

---

<sup>2996</sup> Considerando n.º 13.

<sup>2997</sup> São previstas, contudo, exceções a este princípio, como a existência de risco de fuga, ameaça à ordem pública, segurança pública e segurança nacional ou nos casos em que um pedido de residência for indeferido por ser manifestamente infundado ou fraudulento. Alguma doutrina tem assinalado que, apesar da natureza taxativa das referidas exceções, o princípio da preferência pelo retorno voluntário corre o risco de ser posto de lado devido ao abuso da exceção relativa ao risco de fuga. Cf. ANNELIESE BALDACCINI, “The Return and Removal...”, p. 8. Não obstante, no recente Ac. de 11/06/2015, *Z. Zh. e I. O.*, proc. n.º C- 554/13, o TJ referiu que não basta, para ser considerado um risco para a ordem pública, para os efeitos desta disposição, o facto de o expulsando ser suspeito de ter praticado um ato punível qualificado de crime ou delito em direito nacional ou de que foi sujeito a uma condenação penal por esse ato. As autoridades nacionais têm ainda de ter em conta elementos adicionais, como a natureza e a gravidade do ato, o tempo decorrido desde a sua prática, bem como a circunstância de esse nacional estar em vias de deixar o território desse Estado-Membro.

<sup>2998</sup> EVELIEN BROWER, “Effective Remedies for Third Country Nationals...”, p. 390.

<sup>2999</sup> Regulamento 562/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2006, que estabelece o código comunitário relativo ao regime de passagem de pessoas nas fronteiras.

<sup>3000</sup> Decisão do Conselho 2004/574/CE, de 29 de abril de 2004. Os motivos em causa são os seguintes: a) falta de documento de viagem válido; b) documento de viagem falso / contrafeito / falsificado; c) falta de visto válida; d) visto falso / contrafeito / falsificado; e) falta de documentação válida comprovando a finalidade e as condições da estadia; f) insuficiência dos meios de subsistência para a estada, bem como para o regresso para o país de origem ou de trânsito; g) menção na lista de pessoas indicadas para efeito de não admissão (SIS ou registo nacional); h) perigo para a ordem pública, e segurança pública, segurança nacional ou as relações internacionais de um ou mais Estados-Membros da UE. Sobre este ponto, v. EVELIEN BROWER, “Effective Remedies in Immigration...”, p. 68.



países terceiros em relação aos quais os Estados inseriram um alerta no SIS para efeitos de recusa de entrada<sup>3001</sup>. Tal alerta tem como efeito a recusa ao nacional de país terceiro da entrada em qualquer Estado pertencente ao espaço Schengen. Note-se, contudo, que a própria inscrição de um estrangeiro no SIS para estes efeitos é acompanhada de obrigações procedimentais. O Regulamento sobre o SIS II dispõe que os nacionais de países terceiros relativamente aos quais tenha sido inserida uma indicação para efeitos de não admissão no território dos Estados-Membros<sup>3002</sup> devem ser informados por escrito, juntamente com uma cópia ou uma referência da decisão nacional que tiver dado origem à indicação (art. 42.º)<sup>3003</sup>. Por seu turno, o art. 21.º determina que, antes de emitir uma indicação, o Estado-Membro verifica se o caso é adequado, pertinente e suficientemente importante para justificar a sua inserção no SIS II). O art. 24.º volta a referir que as decisões tomadas pelas autoridades no que toca às referidas indicações no sistema têm de se basear numa avaliação individual<sup>3004</sup>. Ora, neste ponto, as autoridades devem ponderar os fatores que podem implicar o reconhecimento de um direito derivado à entrada no território.

Importa ainda mencionar o art. 6.º do Código de Fronteiras Schengen, que dispõe que os guardas fronteiriços devem respeitar a dignidade humana no exercício dos seus deveres. Por outro lado, qualquer medida tomada no exercício das suas funções deve ser proporcional. Note-se que esta menção não diz respeito, porém, à necessidade de ponderação de eventuais direitos fundamentais do estrangeiro que possam ser afetados com a decisão, mas sim com a necessidade de proporcionalidade das medidas materiais. Assim, por exemplo, deve ser

---

<sup>3001</sup> Os alertas no SIS constituem medidas que foram criadas pela CAAS. As medidas são reguladas atualmente em dois atos normativos: no Regulamento (CE) n.º 1987/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de dezembro de 2006, relativo ao estabelecimento, ao funcionamento e à utilização do Sistema de Informação de Schengen de segunda geração (SIS II), que contém as regras sobre o alerta, e no Código de Fronteiras Schengen, que contém regras sobre a efetivação do alerta. Sobre este ponto, v. PIETER BOELES, MAARTEN DEN HEIJER, GERRIE LODDER & KEES WOUTERS, *European Migration Law...*, p. 402 e ss.

<sup>3002</sup> Nos termos do art. 24.º, n.º 2, do Regulamento do SIS, *deve* ser introduzida uma indicação para efeitos de não admissão ou interdição de permanência de um nacional de país terceiro quando as autoridades o decidirem, pelo facto de a presença do mesmo constituir ameaça para a ordem pública ou para a segurança nacional (nomeadamente, por ter sido condenado num Estado-Membro por um crime passível de uma pena privativa de liberdade de pelo menos, um ano, ou existirem fortes razões para crer que praticou factos puníveis graves ou indícios reais para supor que tenciona praticar tais factos no território de um Estado-Membro). Para além disso, *também pode* ser introduzida uma indicação quando recair sobre o nacional de um país terceiro uma medida de afastamento, de não admissão ou de expulsão não revogada nem suspensa que inclua ou seja acompanhada por uma interdição de entrada ou de permanência, fundada no incumprimento das regulamentações nacionais relativas à entrada ou à estada de nacionais de países terceiros. Sobre o Regulamento do SIS II, v., *inter alia*, AA.VV., *EU Immigration and Asylum Law : Text and Commentary*, vol. I, p. 97 e ss.

<sup>3003</sup> Não obstante, o direito à informação pode não ser garantido se se comprovar «a impossibilidade de disponibilizar a informação» ou o «esforço envolvido seja desproporcionado». Trata-se de exceções amplas e de legitimidade duvidosa, face aos direitos e interesses que podem estar envolvidos. A informação pode ainda não ser disponibilizada em caso de necessidade para «salvaguardar a segurança nacional, a defesa, a segurança pública ou a prevenção, investigação, deteção e repressão de infracções penais». Na dec. de 21/12/2006, *Dalea c. França*, queixa n.º 964/07, o TEDH analisou uma situação em que o estrangeiro invocava que a recusa de entrada, pelo facto de estar inscrito no SIS para efeitos de não admissão, violava o seu direito à vida privada. O Tribunal considerou que o estrangeiro tinha tido a possibilidade de aceder a um controlo judicial da medida, e que tinha sido informado que a recusa se baseava em razões de segurança estadual, ordem pública e segurança pública. A falta de informação mais detalhada era justificada por razões de segurança pública, pelo que também não infringia o art. 8.º da CEDH.

<sup>3004</sup> Sobre esta questão, v. o Ac. do TJ de 21/01/2006, *Comissão c. Espanha*, proc. n.º C-503/03 e o comentário de CHIARA AMALFITANO, “Segnalazione nel SIS...”. V., ainda, TIM EICKE, “Paradise Lost...”, p. 166 e ss., GIANLUCA BRAGA, “Il «diritto clandestino»...”, p. 87 e ss. e PIETER BOELES, MAARTEN DEN HEIJER, GERRIE LODDER & KEES WOUTERS, *European Migration Law...*, p. 403 e ss.

evitado o recurso à força física. Deve ainda vedada qualquer discriminação das pessoas, por qualquer motivo<sup>3005</sup>.

No que toca aos pedidos de visto, encontra-se atualmente em vigor o Código Comunitário de Vistos<sup>3006</sup>. Nos termos do art. 32.º, n.º 2, a decisão de recusa de visto é notificada ao requerente com os respetivos fundamentos. No entanto, não se prevê garantia semelhante para as demais decisões negativas<sup>3007</sup>. No caso *Koushkaki*, o TJ considerou que as autoridades de um Estado-Membro só podiam recusar emitir um visto Schengen a um requerente em caso de verificação de um dos motivos de recusa enumerado no Código de Vistos, estando obrigadas a proceder a uma análise individual do pedido<sup>3008</sup>.

Em segundo lugar, cabe referir as normas emanadas no contexto do desenvolvimento da política comum de imigração. De facto, muitos dos atos que têm vindo a ser adotados no sentido de harmonizar as legislações dos Estados-Membros no que toca a fixar as *condições* que os nacionais de países terceiros devem cumprir para serem admitidos nos territórios dos Estados-Membros preveem obrigações procedimentais. Estão nessa situação normas diversificadas. Alguns instrumentos estabelecem condicionalismos no que toca à forma do procedimento e seus objetivos<sup>3009</sup>. Outros preveem a necessidade, dentro de um determinado prazo, de notificação escrita e fundamentada da resposta ao pedido de entrada no território<sup>3010</sup>, bem como o direito à informação<sup>3011</sup>. Por fim, vários dos instrumentos exigem expressamente que, antes da decisão, as autoridades ponderem vários fatores respeitantes à

---

<sup>3005</sup> Sobre a possibilidade de os referidos poderes violarem o princípio da proibição da discriminação, negando indevidamente um direito de imigração, v. *supra*, Parte III, Capítulo II, ponto 4.7.

<sup>3006</sup> Regulamento n.º 810/2009, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009. Sobre as antecedentes instruções consulares comuns, v. RYSZARD CHOLEWINSKI, “Borders and Discrimination...”, p. 85 e EVELIEN BROWER, “Effective Remedies for Third Country Nationals...”, p. 391.

<sup>3007</sup> V.g., decisões de inadmissibilidade, nos termos do art. 19.º, de recusa de prorrogação, nos termos do art. 33.º, e de anulação ou revogação, nos termos do art. 34.º.

<sup>3008</sup> Ac. de 19/12/2013, *Koushkaki*, proc. n.º C-84/12. Estava em causa a recusa motivada por dúvidas quanto à intenção do requerente de abandonar o território dos Estados-Membros antes do visto caducar. O TJ referiu que, para analisarem essa situação, as autoridades deviam tomar em consideração, por um lado, a situação geral do país de residência do requerente e, por outro, fatores que lhe são próprios, nomeadamente a sua situação familiar, social e económica, a eventual existência de estadas ilegais num Estado-Membro, entre outros.

<sup>3009</sup> Assim, a Diretiva relativa a um procedimento de pedido único de concessão de uma autorização única para os nacionais de países terceiros residirem e trabalharem no território de um Estado-Membro e a um conjunto comum de direitos para os trabalhadores de países terceiros que residem legalmente num Estado-Membro.

<sup>3010</sup> Art. 5.º, n.º4 da Diretiva relativa ao direito ao reagrupamento familiar, art. 7.º, n.º2, 10.º, 19.º e 20.º da Diretiva relativa ao estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duração, art. 11.º, n.º1 e n.º3 da Diretiva relativa às condições de entrada para efeitos de emprego altamente qualificado, art. 5.º, n.º3 e 8.º da Diretiva relativa a um procedimento de pedido único de concessão de uma autorização única para os nacionais de países terceiros residirem e trabalharem no território de um Estado-membro e a um conjunto comum de direitos para os trabalhadores de países terceiros que residem legalmente num Estado-Membro. Note-se que o art. 18.º da Diretiva relativa às condições de admissão de nacionais de países terceiros para efeitos de estudos, de intercâmbio de estudantes, de formação não remunerada ou de voluntariado e o art. 15.º da Diretiva sobre admissão de nacionais de países terceiros para efeitos de investigação científica apenas exigem que a decisão seja notificada de acordo com os procedimentos previstos na lei interna.

<sup>3011</sup> Art. 9.º da Diretiva relativa a um procedimento de pedido único de concessão de uma autorização única para os nacionais de países terceiros residirem e trabalharem no território de um Estado-membro e a um conjunto comum de direitos para os trabalhadores de países terceiros que residem legalmente num Estado-membro.

situação pessoal do interessado<sup>3012</sup>, obrigando, assim, a uma análise individualizada do caso. Julgamos que, apesar de não o preverem expressamente, para poderem levar a cabo estas obrigações de ponderação, as autoridades terão de proceder à audiência prévia dos visados, pois só assim poderão ter pleno conhecimento de todos os fatores pessoais que podem interferir na decisão.

No entanto, como resulta da jurisprudência do TJ, ainda que os atos normativos não prevejam expressamente obrigações procedimentais específicas que as autoridades dos Estados-Membros devem prever, deriva dos princípios gerais de direito da UE a necessidade de observância dos princípios de justiça procedimental, o que inclui, *inter alia*, a necessidade de informação, de audiência prévia e de ponderação da situação individualizada dos visados<sup>3013</sup>, essenciais para se poderem efetivar eventuais direitos derivados de imigração.

### 2.3. CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA

Da Constituição resultam também várias normas que preveem garantias relativas a um procedimento justo. Por um lado, a Lei Fundamental consagra normas destinadas especificamente a procedimentos de expulsão. Por outro lado, consagra garantias gerais que se devem aplicar a qualquer procedimento administrativo e, assim, também aos procedimentos relativos às decisões em matéria de imigração.

#### 2.3.1. Normas relativas a procedimentos de expulsão

A CRP prevê no n.º2 do art. 33.º algumas garantias especificamente respeitantes aos procedimentos de expulsão. Desde logo, a expulsão de quem tenha entrado ou permaneça regularmente no território nacional, bem como de quem tenha obtido autorização de residência, ou de quem tenha apresentado pedido de asilo não recusado, só pode ser determinada por autoridade judicial. Isso implica que a medida só pode ser tomada no âmbito de um processo judicial caracterizado pela justiça e equidade, no qual o interessado tenha efetivamente a oportunidade de ser ouvido<sup>3014</sup>. DAMIÃO DA CUNHA refere que, no que toca às expulsões de estrangeiros residentes, a «“judicialidade da decisão” também pressupõe (e do mesmo modo é garante) uma análise da concreta situação daquele que é expulso»<sup>3015</sup>. Para além do mais, a lei deve assegurar formas expeditas de decisão<sup>3016</sup>. Assim, garante-se que o

---

<sup>3012</sup> Art. 5.º, n.º5, art. 6.º, n.º2 e n.º3 e 17.º da Diretiva relativa ao direito ao reagrupamento familiar, art. 6.º e 17.º da Diretiva relativa ao estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duração.

<sup>3013</sup> V., *inter alia*, Ac. de 22/11/2012, M.M., cit.

<sup>3014</sup> CARLOS PAMPLONA DE OLIVEIRA, *A Jurisprudência...*, p. 7. A lei de imigração prevê a expulsão administrativa (art. 145.º) e a expulsão judicial, a qual, por seu turno, pode ser uma medida autónoma de expulsão (art. 152.º) ou uma pena acessória (art. 151.º). A lei fala ainda de abandono voluntário, que é o abandono do território levado a cabo pelo estrangeiro no decurso de um processo administrativo de expulsão, através de notificação por parte do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, em substituição da detenção e consequente validação judicial da mesma, bem como em condução à fronteira, no art. 147.º, que se processa também no decurso do processo administrativo de expulsão, se o imigrante optar, em sede de interrogatório judicial, pela sua execução. Sobre estes procedimentos, v. JÚLIO A. C. PEREIRA & JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *Direito de Estrangeiros...*, p. 460.

<sup>3015</sup> DAMIÃO DA CUNHA, “Art. 33.º...”, p. 748.

<sup>3016</sup> *Ibidem*.

estrangeiro veja o seu caso – e eventuais argumentos referentes ao reconhecimento de um direito derivado de imigração – analisados e ponderados de forma efetiva.

JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS adotam uma leitura ampla desta norma. Os autores referem que o estrangeiro objeto da medida de expulsão merece uma tutela substancial, pelo facto de permanecer no território com base num título legítimo<sup>3017</sup>. Assim, a medida teria de se apoiar num fundamento suficientemente forte que justifique a “perda” de proteção conferida pelo Estado português ao cidadão estrangeiro. Por outras palavras, o comportamento do estrangeiro que fundamenta a medida teria de consubstanciar uma situação grave que permitisse afirmar uma perda de confiança por parte do Estado Português no que toca à sua permanência no território. Em sentido semelhante, GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA consideram que a medida de expulsão deve estar sempre sujeita ao princípio geral da proibição do excesso<sup>3018</sup>. Neste ponto, pois, os autores mencionados retiram da consagração constitucional de garantias procedimentais, limites à possibilidade de aplicação da medida de expulsão, os quais se podem reconduzir à necessidade de respeito pelo princípio da proporcionalidade no que toca às restrições relativas aos direitos derivados de imigração, estudadas *supra*<sup>3019</sup>.

No que toca aos estrangeiros que tenham penetrado ou permaneçam irregularmente no território nacional, a única menção feita no texto constitucional é a permissão de aplicação de prisão, detenção ou outra medida coativa sujeita a controlo judicial, nos termos da al. c) do n.º3 do art. 27.º. Nada é referido no que toca a eventuais garantias a aplicar aos procedimentos de expulsão. Ora, isso significa, *a contrario*, que a Constituição *não impõe* que os estrangeiros com estatuto ilegal no território tenham de ser sujeitos a uma medida de expulsão *judicial*.

A distinção existente entre as garantias previstas para os estrangeiros que se encontram com estatuto legal no território e para os demais reflete as normas de direito internacional na matéria, que também reservam as garantias procedimentais em processos de expulsão apenas para os estrangeiros que possuam um estatuto legal. Tem-se fundamentado ainda a distinção como sendo uma decorrência do princípio de que os estrangeiros não gozam de um direito genérico de entrada e de fixação no território nacional<sup>3020</sup>. Ainda assim, como se verá, devem valer sempre as garantias constitucionais gerais relativas ao procedimento administrativo.

### 2.3.2. Outras garantias constitucionais relativas a um procedimento justo

A Constituição não prevê garantias específicas para a expulsão administrativa dos estrangeiros que se encontrem em situação irregular no território ou para as decisões de recusa de entrada ou de concessão de específico estatuto legal. No entanto, valem nesses casos todas as garantias constitucionais em matéria de procedimento administrativo.

Não cabe aqui, naturalmente, desenvolver de forma exaustiva as garantias constitucionais que devem enformar qualquer procedimento administrativo, e que se encontram previstas

---

<sup>3017</sup> Assim, a 1ª Edição da obra de JORGE MIRANDA & RUI MEDEIROS, *Constituição...*, p. 366 e ainda, na 2ª edição e no mesmo sentido, DAMIÃO DA CUNHA, “Art. 33.º...”, p. 747.

<sup>3018</sup> J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, p. 531.

<sup>3019</sup> Parte III, Capítulo III, ponto 2.2.3.

<sup>3020</sup> CARLOS PAMPLONA DE OLIVEIRA, *A Jurisprudência...*, p. 7.

no art. 268.<sup>o3021</sup>. Importa, no entanto, relembrar que, por força do princípio da equiparação e da universalidade, as mesmas se aplicam de igual forma aos estrangeiros e aos procedimentos em matéria de imigração<sup>3022</sup>. Por outro lado, podemos adiantar que as mesmas envolverão, necessariamente, o direito à informação (o direito dos particulares, sejam eles quais forem e atuando em qualquer procedimento administrativo, serem informados, sempre que o requeiram, do andamento dos procedimentos que lhes digam respeito<sup>3023</sup>), o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos, bem como o direito a conhecer as decisões definitivas – o que implica o direito de notificação dos atos administrativos<sup>3024</sup> e da respetiva fundamentação<sup>3025</sup>. Importa neste ponto realçar que a CRP prevê expressamente a fundamentação expressa e acessível dos atos administrativos que afetem direitos ou interesses legalmente protegidos (n.º3 do art. 268.<sup>o</sup>)<sup>3026</sup>. Uma decisão de expulsão administrativa, de não concessão ou de não renovação de um título de residência constituem decisões que estão nessa situação, por poderem ter implicações num direito derivado de imigração. A exigência de fundamentação é, aliás, tida constitucionalmente como uma verdadeira «norma de acção administrativa», que visa assegurar uma adequada ponderação de todos os interesses públicos e privados relevantes antes da tomada da decisão<sup>3027</sup>. Da Constituição decorrem ainda algumas exigências relativas à *qualidade* da fundamentação, que deve ser suficiente, clara e congruente (*i.e.*, que possua coerência entre o conteúdo e a fundamentação da mesma).

O Tribunal Constitucional tem entendido que, destas exigências relativas à fundamentação das decisões, decorre que a administração não se pode bastar com a simples

---

<sup>3021</sup> Sobre esta matéria v., em particular, DIOGO FREITAS DO AMARAL, “Direitos Fundamentais dos Administrados...”, p. 19 e ss., ADÉLIO PEREIRA ANDRÉ, *Vinculação da Administração e Proteção dos Administrados...*, JORGE MIRANDA, “O direito de informação dos administrados...”, p. 457 e ss., JOSÉ SÉRVULO CORREIA, “O Direito à Informação e os Direitos de Participação dos Particulares no Procedimento...”, p. 133 e ss., PEDRO GONÇALVES, “Notificação dos Atos Administrativos...”, p. 1091 e ss., JOSÉ MANUEL CARDOSO DA COSTA, “A Jurisprudência Constitucional Portuguesa em matéria administrativa...”, p. 177 e ss., MARCELO REBELO DE SOUSA & ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo...*, p. 147 e ss. e JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *O Dever de Fundamentação Expressa dos Atos Administrativos...*

<sup>3022</sup> De facto, apesar de as normas respeitantes aos princípios constitucionais que regulam as relações jurídico-administrativas se referirem expressamente a «cidadãos», a doutrina tem sublinhado que as mesmas se aplicam também à relação dos estrangeiros com a administração. Assim, v. JORGE MIRANDA & RUI MEDEIROS, *Constituição...*, 1ª Edição, Tomo III, p. 598.

<sup>3023</sup> Esta norma deve ser ainda conjugada com o art. 35.º da Constituição, que garante o direito de acesso aos dados informáticos e aos dados pessoais. Sobre o dever de informação v., *inter alia*, num comentário que ainda mantém validade, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES & J. PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado...*, p. 289 e ss.

<sup>3024</sup> Tem-se entendido que o direito de ser notificado das decisões abrange não apenas os destinatários diretos do ato, mas ainda terceiros interessados no mesmo. Assim, J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. II, p. 825. Este ponto pode ter importância no contexto das medidas tomadas em matéria de imigração familiar. Sobre o dever de notificação dos atos administrativos v. ainda as anotações de MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES & J. PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado...*, p. 347 e ss.

<sup>3025</sup> V., no sentido da necessidade de notificação da fundamentação das decisões administrativas, o Ac. 489/97, de 02/07/1997.

<sup>3026</sup> Sobre o princípio da fundamentação, v. DAVID DUARTE, *Procedimentalização, Participação e Fundamentação...*, p. 181 e ss.

<sup>3027</sup> J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. II, p. 826.

invocação de interesses públicos abstratos para a escolha de determinadas medidas<sup>3028</sup>. Assim, por exemplo, a administração não se pode limitar a invocar «ameaça à ordem pública», para efeitos de recusa de renovação de uma autorização de residência, tendo de explicitar porque é que a presença de determinado estrangeiro no território acarreta essa ameaça em concreto. Tal obrigação de fundamentação obriga, assim, em caso de decisão negativa no que toca à efetivação de um direito derivado de imigração, a dar cumprimento às obrigações de ponderação específica que analisámos no final da Parte III<sup>3029</sup>.

Por fim, a Constituição consagra a ideia de que o particular se apresenta, perante a administração, como sujeito participante, e não como simples objeto do agir unilateral da mesma<sup>3030</sup>. Assim, prevê-se, para além de um princípio da informação, um princípio da participação dos administrados na formação das decisões que lhes dizem respeito (art. 267.º, n.º5). Desta forma dá-se proteção constitucional ao direito de participação dos interessados nos procedimentos administrativos, em particular na dimensão de audiência prévia<sup>3031</sup>, o que se revestirá de importância especial como forma de garantir a efetivação de direitos derivados de imigração.

### 2.3.3. A inconstitucionalidade de decisões “automáticas”

Ainda que a Constituição não previsse garantias procedimentais, a exigência das mesmas sempre decorreria da própria proteção dos direitos derivados de imigração, lidos à luz dos instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos. Neste ponto, importa ter presente a jurisprudência do TEDH, que retira da proteção dos direitos substantivos a necessidade de se assegurarem as garantias procedimentais necessárias para efetivar os mesmos<sup>3032</sup>. Assim, do reconhecimento da proteção constitucional de um direito derivado de imigração decorre a inconstitucionalidade de uma norma que determine a recusa automática de um pedido de entrada, ou de aquisição de estatuto legal, ou de uma ordem de expulsão automática, e que não preveja a possibilidade de o Estado-decisor ponderar os vários direitos fundamentais-fim de que o estrangeiro pode beneficiar. São ilustrativas, neste ponto, as palavras de GIANLUCA BRAGA, quando refere que o automatismo das decisões na regulação da imigração é, *a priori*, potencialmente violador dos direitos humanos dos imigrantes<sup>3033</sup>.

Ora, neste ponto importa determo-nos na questão da interpretação do art. 30.º, n.º4 da CRP, que dispõe que nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer

---

<sup>3028</sup> Assim, J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. II, p. 826. V., com particular interesse para esta exigência, o Ac. do Tribunal Constitucional n.º 266/87, de 08/07/1987, que firmou o entendimento, a propósito do conceito de «conveniência de serviço» de que a imposição constitucional de fundamentação dos atos administrativos não se satisfaz com a mera utilização de uma fórmula vazia de conteúdo, desacompanhada de concretização factual.

<sup>3029</sup> V. Parte III, Capítulo III, ponto 2.2.3.

<sup>3030</sup> Assim, J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. II, p. 820.

<sup>3031</sup> Sobre o princípio da participação v., *inter alia*, DAVID DUARTE, *Procedimentalização, Participação e Fundamentação...*, p. 103 e ss. No entanto, no sentido de que a audiência prévia não pode ser entendida, em toda a sua extensão, como um direito fundamental, v. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 84.

<sup>3032</sup> Cf. *supra*, ponto 2.1.4. do presente capítulo.

<sup>3033</sup> “Il «diritto clandestino»...”, p. 85.

direitos civis, profissionais ou políticos. Pretende-se com esta norma proibir que à pena a aplicar acresça, *ope legis*, uma nova pena ou efeito negativo, sem a mediação de um juízo jurisdicional. Esta norma consagra simultaneamente a proibição dos efeitos necessários das penas e a proibição das penas acessórias automáticas<sup>3034</sup>. Assim, às garantias previstas no n.º2 do art. 33.º da CRP junta-se ainda a garantia prevista no n.º4 do art. 30.º da CRP, no sentido de que a expulsão de estrangeiros não pode constituir um efeito necessário e automático, quer da cominação de uma pena, quer da condenação pela prática de certo crime<sup>3035</sup>.

O TC tem confirmado que a garantia do n.º 4 do art. 30.º integra o núcleo de direitos abrangidos pelo princípio da equiparação. No que toca à aplicação de pena de expulsão como podendo consubstanciar uma perda de direitos civis, o TC considerou que, de facto, o direito de fixação em qualquer parte do território nacional é um direito civil de que gozam os estrangeiros legalmente autorizados a residir em Portugal. Nesse seguimento, uma ampla jurisprudência daquele Tribunal julgou inconstitucional a aplicação automática de pena de expulsão pela condenação pela prática de determinados crimes, por violação do art. 30.º, n.º4 da CRP<sup>3036</sup>. Da jurisprudência do TC resulta, assim, que a pena de expulsão não pode operar automaticamente e sem recurso a juízos de proporcionalidade que atendam à culpa, à gravidade da infração e à situação pessoal do estrangeiro. Não obstante, essa jurisprudência aplica-se apenas aos estrangeiros que se encontrem em situação regular no país. De facto, o TC considerou que só nesses casos os estrangeiros são titulares de um direito civil à fixação em qualquer parte do território nacional, como é configurado pelo art. 82.º e ss. do Código Civil e nos termos do título de autorização de residência. Num caso em que estava em causa um estrangeiro que não tinha permanência legal no território, a decisão do TC já foi diferente, tendo considerado que a pena de expulsão podia ser aplicada automaticamente, já que o estrangeiro não era titular de um direito à fixação em qualquer parte do território nacional, se não implicasse a perda de outros direitos civis<sup>3037</sup>. Não obstante, há que ter em atenção que o estrangeiro pode ser titular de outros direitos, como o direito à unidade familiar ou à vida privada, ou outros estudados na Parte III, e que lhe garantam um direito de imigração. Sendo esse o caso, consideramos ser simplista um raciocínio no sentido de que os estrangeiros em situação ilegal não possuem à partida qualquer direito civil, pelo que lhes poderia ser aplicada uma pena de expulsão automática. No nosso entender, tal pena não pode ser aplicada automaticamente em nenhuma circunstância, independentemente do estatuto legal do estrangeiro no território, por, precisamente, o mesmo poder eventualmente ser titular de um outro direito no território.

---

<sup>3034</sup> ANA LUÍSA PINTO, *A pena acessória...* p. 6.

<sup>3035</sup> Não obstante, a aplicação de uma pena acessória levanta sempre o problema do *non bis in idem*, já que os factos que determinam a condenação do agente na pena principal são os mesmos que se usam para fundamentar a aplicação da pena acessória de expulsão. Para que a pena de expulsão não viole esse princípio, é necessário que à sua aplicação presidam determinadas condições adicionais. Não cabe porém aqui a discussão acerca das penas acessórias e sua finalidade. Sobre o assunto, v. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português...*, p. 157 e ss. Para uma análise dessa problemática, v. ANA LUÍSA PINTO, *A pena acessória...* p. 103 ss.

<sup>3036</sup> Cf. o Ac. n.º 359/93, de 25/05/1993, Ac. n.º 434/93, de 13/07/1993, Ac. n.º 442/93, de 14/06/1993, Ac. n.º 288/94, de 23/03/1994, Ac. n.º 41/95, de 01/02/1995. Para mais desenvolvimentos sobre esta problemática, v. ANA LUÍSA PINTO, *A pena acessória...*

<sup>3037</sup> CARLOS PAMPLONA DE OLIVEIRA, *A Jurisprudência...*, p. 10.

## 2.4. LEI DE IMIGRAÇÃO PORTUGUESA

As garantias previstas quer na Constituição, quer na lei geral reguladora do procedimento administrativo aplicam-se aos procedimentos em matéria de imigração.

Alguma doutrina refere que a atual lei de imigração portuguesa não satisfaz adequadamente as exigências procedimentais que seriam necessárias para se poder ter adequadamente em conta os direitos dos estrangeiros antes da tomada das decisões em matéria de imigração por falta, em particular, de referência a um direito geral de audiência prévia<sup>3038</sup>. De facto, a lei de imigração, apenas prevê expressamente em alguns procedimentos a necessidade de a administração ouvir o estrangeiro antes de tomar a decisão. O direito a audiência prévia é referido expressamente no art. 38.º, no que toca às decisões de recusa de entrada ou no art. 108.º, relativo à decisão de cancelamento de autorização de residência emitida ao abrigo do direito ao reagrupamento familiar. Por seu turno, durante o procedimento de afastamento coercivo determinado por autoridade administrativa, instaurado com fundamento na entrada ou permanência ilegais no território nacional, é assegurado ao imigrante, nos termos do art. 148.º, o direito de audição e defesa. Deverá ser neste momento que o estrangeiro deve trazer ao conhecimento das autoridades a possibilidade de ser titular de um direito derivado de imigração.

Noutros casos, apesar de a lei não se referir expressamente à necessidade de audiência prévia, impõe que a administração tenha de ponderar determinados fatores, respeitantes à salvaguarda dos direitos dos imigrantes, antes de tomar a decisão<sup>3039</sup>. Ora, a administração só estará em condições de proceder a essas ponderações depois de ouvir para o efeito o estrangeiro interessado. Em caso de aplicação de pena acessória de expulsão ou de medida autónoma de expulsão judicial (prevista e regulada nos arts. 152.º e ss.), o momento para o estrangeiro invocar os factos que podem conduzir ao reconhecimento de um direito de imigração derivado será durante os respetivos processos judiciais, os quais que devem oferecer todas as garantias de defesa e contraditório.

Apesar de a lei apenas referir a necessidade de tomar em consideração fatores referentes, por exemplo, à vida privada e familiar do estrangeiro no que toca aos detentores do título de residentes de longa duração<sup>3040</sup>, deve entender-se que esses fatores devem ser sempre ponderados em caso de aplicação de medida de expulsão. E, de facto, a jurisprudência do STJ de aplicação de penas acessórias de expulsão tem vindo a seguir a jurisprudência do

---

<sup>3038</sup> JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “A Nova Lei de Entrada...”, p. 90.

<sup>3039</sup> Art. 106.º, n.º 3 e 108.º, n.º 3, relativamente ao reagrupamento familiar, e 127.º, n.º 1, 136.º, n.º 2 relativamente ao estatuto de residente de longa duração. Sobre estes aspetos, cf., *supra*, Parte III, Capítulo II, ponto 2.6.1. e ponto 3.5.1.

<sup>3040</sup> Art. 136.º, n.º 2. V. *supra*, Parte III, Capítulo III, ponto 3.5.2.



TEDH no que toca, em particular, à proteção do art. 8.º da CEDH<sup>3041</sup> e a exigir uma cautelosa de ponderação de todos os fatores relevantes para o efeito<sup>3042</sup>.

Ora, consideramos que as previsões de ponderação da situação pessoal do estrangeiro consagradas na lei não se afiguram suficientes. De facto, a lei limita-se a plasmá-las no que toca à aplicação de medidas de expulsão de residentes de longa duração e, mesmo nesses casos, realiza uma enumeração limitada dos fatores a ter em conta. A lei deveria prever expressamente a necessidade dessas ponderações em qualquer decisão de recusa de entrada, de concessão de título de residência ou de afastamento. No entanto, deve considerar-se que as obrigações de ponderação, bem como os fatores de ponderação previstos na lei de imigração, não são taxativos. Assim, a autoridade pode e deve ponderar outros fatores que sejam importantes para a determinação da possível existência de um direito derivado a entrar ou permanecer no território<sup>3043</sup>. Por outro lado, eles devem ser tidos em conta no que toca a todas as decisões que se possam traduzir em recusa de entrada, de concessão de um título de residência ou em afastamento do território, e não só nas decisões expressamente mencionadas.

Para além do mais, no que toca a todas as decisões, deverão aplicar-se subsidiariamente as normas do Código do Procedimento Administrativo que impõe o dever de informação, bem como de audiência prévia<sup>3044</sup>, que atualmente se encontra previsto no art. 12.º e no art. 121.º e ss. do Código de Procedimento Administrativo<sup>3045</sup>.

---

<sup>3041</sup> Assim, desde logo, o Ac. do STJ de 04/06/1997, proc. n.º 97P351, que recusou a aplicação de uma pena de expulsão, apenas tendo em conta o princípio da unidade familiar, sem necessidade de estar combinado com a proibição de expulsão de nacionais. No mesmo sentido, o Ac. de 28/05/2003, proc. n.º 03P872, revogou sentença de primeira instância pelo facto de a mesma não ter tido em consideração, na aplicação de pena de expulsão, o facto de o arguido ser pai de duas crianças de tenra idade, 7 e 5 anos, sobre as quais exercia o poder paternal à data dos factos. No mesmo sentido, o Ac. de 17/04/2008, proc. n.º 07P4840 considerou que, tendo-se demonstrado que o arguido tinha tido um filho de nacionalidade portuguesa que nasceu depois do julgamento, e que estabeleceu uma relação de tipo conjugal com uma cidadã também portuguesa, se deveria aceitar o recurso de revisão com fundamento em evitar-se a execução de uma pena injusta. Já no Ac. de 21/01/2009, proc. n.º 08P3922, o STJ considerou que o casamento com uma cidadã nacional, já em fase de execução da pena, não fundamentava um recurso de revisão, atendendo a que o mesmo não possuía filhos de nacionalidade portuguesa e não tinha quaisquer ligações efetivas a Portugal. Em sentido semelhante, v. ainda o Ac. de 09/06/2010, proc. n.º 2681/97.1PULSB-A.S1. Para uma análise mais detalhada da ponderação da vida familiar nos processos de expulsão pelo STJ, v. ANDRÉ DIAS PEREIRA, “A Protecção Jurídica...”, p. 96 ss. e ANA LUÍSA PINTO, *A pena acessória...*, p. 93 e ss.

<sup>3042</sup> Assim, no Ac. de 02/04/2003, proc. n.º 03P614, decidiu que uma sentença que tinha aplicado uma pena de expulsão era nula por *falta de fundamentação*, por não ter tido em conta o grau de inserção na vida social, a prevenção especial e o tempo de residência em Portugal. Por seu turno, no Ac. de 16/01/2008, proc. n.º 07P4638, o STJ considerou que, apesar da gravidade dos factos praticados pelo estrangeiro, o mesmo se encontrava fortemente inserido na vida social portuguesa, pois trabalhava, repartia a casa com a irmã, tinha terminado a escolaridade em Portugal, pelo que não se podia considerar que a sua conduta «globalmente considerada em concreto, constituía uma ameaça suficientemente grave para a ordem pública ou segurança nacional que justificasse a aplicação da pena acessória de expulsão do arguido do território nacional».

<sup>3043</sup> Discordamos assim, neste ponto, de JÚLIO A. C. PEREIRA & JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, quando defendem que estes motivos são taxativos, *Direito de Estrangeiros...*, p. 482.

<sup>3044</sup> Assim, também, JÚLIO A. C. PEREIRA & JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *Direito de Estrangeiros...*, p. 149.

<sup>3045</sup> Decreto-Lei n.º 4/2015 de 7 de janeiro. Sobre o direito de audiência de interessados em procedimento administrativo v. em particular PEDRO MACHETE, *A Audiência dos Interessados no Procedimento Administrativo* e as anotações, feitas ao antigo Código do Procedimento Administrativo, de MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES, J. PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado...*, p. 317 e 448 e ss.

Por fim, a lei de imigração prevê ainda em várias disposições a notificação das decisões aos interessados, conjuntamente com a fundamentação de facto e de direito<sup>3046</sup>. Em particular, as decisões de recusa de entrada devem ser sempre notificadas, em língua que o estrangeiro possa entender, nos termos do art. 38.º, com menção dos fundamentos de facto e de direito. Também o art. 149.º, n.º2 menciona que a decisão de afastamento coercivo é notificada ao expulsando com menção dos fundamentos de facto e de direito. Apesar de, nos demais casos, a lei não referir a necessidade de nomeação de tradutor ou intérprete, o mesmo sucedendo com o Código de Procedimento Administrativo no que se refere aos procedimentos que envolvam estrangeiros que não falem a língua portuguesa, julgamos que o dever de informação e notificação postula que a mesma seja feita em língua que possa ser entendida pelo notificado.

A lei da imigração é regulamentada através do Decreto Regulamentar, o qual define os requisitos da instrução processual das figuras legais previstas naquela lei. No que toca à aplicação prática, porém, têm-se referido algumas deficiências, nomeadamente no que toca à emissão de vistos e tempo de espera para obtenção dos mesmos, bem como a exigência de documentos difíceis de obter<sup>3047</sup>. Os imigrantes podem, contudo, dirigir queixas sobre estes pontos ao Provedor de Justiça, nos termos do art. 21.º, n.º3 da CRP, o qual já tem atuado para eliminar alguns dos obstáculos práticos<sup>3048</sup>.

### 3. A PREVISÃO DE “CLÁUSULAS DE EXCEÇÃO”

Por fim, para efetivar o reconhecimento de direitos derivados de imigração de que estrangeiro pode ser titular, mesmo que não cumpra os requisitos *legalmente previstos* para entrar, permanecer ou beneficiar de determinado estatuto legal, o legislador deve prever aquilo que a doutrina anglo-saxónica apelida de «*bardship clauses*», i.e., cláusulas de exceção. Tais cláusulas permitem às autoridades reconhecer um direito de imigração, e emanar a decisão administrativa necessária para esse efeito, ainda que os estrangeiros não cumpram os requisitos previstos da lei para as situações gerais<sup>3049</sup>.

---

<sup>3046</sup> Assim, o art. 82.º, n.º4, relativa às decisões de indeferimento de autorização de residência permanente, o art. 85.º, n.º5, relativo às decisões de cancelamento dessas autorizações de residência, o art. 96.º, relativo às decisões de indeferimento de autorização de residência para estudos, estágio profissional não remunerado ou voluntário, o art. 105.º que estabelece um prazo de três meses para a notificação por escrito da decisão relativa a pedido de reagrupamento familiar, (mais acrescentando o n.º 3 que a ausência de decisão no prazo de seis meses equivale a deferimento tácito), o art. 106.º, n.º6, relativo ao indeferimento do pedido de reagrupamento familiar e à necessidade de fundamentação do mesmo, o art. 108.º, relativo à decisão de cancelamento de autorização de residência para efeitos de reagrupamento familiar, o art. 121.º, relativo ao indeferimento do pedido de autorização de residência de titulares do estatuto de residente de longa duração em outro Estado-Membro da UE, o art. 121.º-D, n.º 4 e 5, relativas às decisões de indeferimento da concessão ou renovação ou de cancelamento do «cartão azul UE» e os arts. 129.º, n.º4, e 132.º, relativos aos pedidos de aquisição de estatuto de longa duração.

<sup>3047</sup> Sobre este ponto, e no que respeita especificamente aos procedimentos relativos ao reagrupamento familiar, v. CATARINA REIS OLIVEIRA, JOÃO CANCELA & VERA FONSECA, *Country Report: Portugal...*, p. 31.

<sup>3048</sup> JORGE PEREIRA DA SILVA, “Artigo 15.º...”, p. 270. Sobre a atuação do Provedor de Justiça na defesa dos direitos procedimentais dos imigrantes, v. CATARINA SAMPAIO VENTURA, *Migrações: O caso português... e PROVIDOR DE JUSTIÇA, Relatórios Sociais: Imigração...*

<sup>3049</sup> DANIEL THYM, “Respect for Private?...”, p. 109.

Estas cláusulas são importantes para evitar que as decisões em matéria de imigração sejam pautadas pelo automatismo, obviando a que as autoridades nacionais recusem mecanicamente um pedido de entrada ou de permanência no território pela simples verificação do não preenchimento dos requisitos legais previstos. Tais cláusulas garantem que, antes de qualquer decisão, e mesmo que se verifique que o estrangeiro não cumpre os requisitos legais para beneficiar de um direito de entrada, de permanência ou de obtenção de determinado estatuto, se pondere a possibilidade de o mesmo beneficiar de um direito derivado de imigração, podendo o decisor, com base nas mesmas, emanar o ato administrativo correspondente à modalidade do direito de imigração em causa<sup>3050</sup>.

Inserir-se-ia, assim, no procedimento decisório, um último passo final: verificar, por força da ponderação dos vários interesses em presença, se o estrangeiro beneficia de um direito fundamental de imigração, por aplicação direta da Constituição, lida à luz dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. Sendo esse o caso, tal direito de imigração deve ser reconhecido através da modalidade relevante no caso. Ora, como o direito de imigração resulta, nesses casos, não da verificação dos requisitos legalmente previstos, mas sim da proteção dos direitos fundamentais de que o estrangeiro é titular, afigura-se importante a previsão de uma cláusula que permita servir de base legal para a decisão administrativa de concessão do título de residência adequado.

Uma autorização de residência por motivos humanitários pode consubstanciar uma dessas cláusulas, desde que se interprete a norma consagradora da mesma como constituindo a base legal para um verdadeiro direito subjetivo a imigrar, e não de um poder discricionário do Estado.

São várias as regulamentações que preveem esse tipo de cláusulas. Assim, a título de exemplo, o art. 5.º do Código de Fronteiras Schengen prevê a possibilidade de os Estados emitirem uma autorização de entrada por razões humanitárias, de interesse nacional, ou devido a obrigações internacionais, ao estrangeiro que não cumpra as condições de entrada estabelecidas nessa norma para as estadas de curta duração<sup>3051</sup>. No mesmo seguimento, o art. 19.º do Código Comunitário de Vistos prevê a possibilidade de se conceder um visto por razões humanitárias a um estrangeiro que não preencha as condições de admissibilidade. Neste seguimento, o TJ referiu já que as autoridades nacionais devem analisar os pedidos de visto tomando em consideração a situação individual do requerente, nomeadamente a sua situação familiar, social e económica e os laços existentes com o território de residência e o do Estado-Membro<sup>3052</sup>.

Outro exemplo é o já referido art. 6.º da Diretiva do Retorno, que prevê a possibilidade de os Estados não emitirem uma decisão de retorno por motivos humanitários. A Diretiva não limita essa possibilidade a qualquer motivo específico. Para além disso, o recurso à referida cláusula pode ocorrer «a qualquer momento», mesmo após já ter sido emitida a decisão de expulsão. Por seu turno, o art. 11.º da Diretiva prevê ainda que os Estados-Membros possam revogar ou suspender proibições de entrada em determinados casos concretos ou em determinadas categorias de casos por outras razões humanitárias. Por fim, a jurisprudência do TJ tem apontado claramente para uma condenação de imposição de condições rígidas ou abstratas para o exercício do direito ao reagrupamento familiar ou ao

---

<sup>3050</sup> Estas cláusulas permitem, assim, inserir o controlo do princípio da proporcionalidade nas decisões em matéria de imigração. Sobre este ponto v. GIANLUCA BRAGA, “Il «diritto clandestino»...”, p. 85.

<sup>3051</sup> Note-se, no entanto, que o direito de entrada ficará limitado ao território desse Estado-Membro.

<sup>3052</sup> Ac. de 19/12/2013, *Koushkaki*, proc. n.º C-84/12.

estatuto de residente de longa duração, sublinhando a necessidade de se tomar em consideração a situação individualizada dos requerentes<sup>3053</sup>.

Na lei de imigração portuguesa encontramos também alguns exemplos destas cláusulas. Assim, nos termos do art. 33.º, n.º5, as medidas de interdição de entrada que não tenham sido decretadas judicialmente podem ser reapreciadas a todo o tempo, atendendo, em particular, a razões humanitárias. Nos termos do art. 68.º, pode ser concedido visto especial de entrada e permanência temporária no país a estrangeiros que não reúnam os requisitos legais para o efeito, também por razões humanitárias. A disposição central neste contexto é, porém, o art. 123.º, que dispõe que pode, a título excecional, ser concedida autorização a cidadãos estrangeiros que não preencham os requisitos exigidos na lei, nomeadamente por razões humanitárias. No entanto, note-se que esta cláusula se encontra configurada na lei como um verdadeiro regime de exceção, ocorrendo mediante proposta da própria entidade administrativa. Assim, não corresponde verdadeiramente a uma cláusula de exceção com a configuração que delineámos, *i.e.*, como um fundamento legal para a administração poder conceder o ato administrativo necessário para se efetivar um direito derivado de imigração.

Não obstante, sempre diremos que, mesmo na ausência de tais cláusulas de exceção, a administração terá de emanar o ato administrativo necessário (ou abster-se de emanar decisão administrativa, nos casos de expulsão), por direta aplicação dos preceitos constitucionais que salvaguardam o direito-fim que o direito-instrumento de imigração visa garantir, no caso de aqueles constituírem direitos, liberdades e garantias (art. 18.º n.º1).

---

<sup>3053</sup> Assim, no que toca ao reagrupamento familiar, os já referidos Ac. de 04/03/2010, *Chakroun*, proc. n.º C-578/08 e Ac. de 09/07/2015, *Ke A*, proc. n.º C-153/14, e no que toca à aquisição do estatuto de residente de longa duração, o Ac. de 04/06/2015, *Pe S*, proc. n.º C-579/13.

## CAPÍTULO II

### DIREITO A UM RECURSO EFETIVO

A garantia dos direitos derivados de imigração exige ainda a possibilidade de recurso efetivo das decisões administrativas que se afigurem desfavoráveis ao estrangeiro. A lei deve prever esse recurso, bem como mecanismos que o tornem *efetivo*. No nosso entender, a garantia de efetividade impõe, desde logo, que o estrangeiro tenha conhecimento dos meios de recurso ao seu dispor, o que implica, naturalmente, o direito de informação acerca dos mesmos, e implica, depois, *inter alia*, a garantia de representação por advogado, a designação de um tradutor, a previsão de prazos razoáveis quer para a interposição do recurso quer para a decisão, a possibilidade de revisão do mérito da decisão, e a independência e a equidade do processo. Deve ainda ser garantido um direito a pedir a suspensão dos efeitos da decisão administrativa desfavorável, nos casos em que a aplicação imediata da medida contestada acarrete danos sérios ao direito-fim<sup>3054</sup>.

Importa analisar sumariamente de que forma tais garantias se encontram previstas nos instrumentos normativos pertinentes.

#### 1. INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Alguns autores defendem que a garantia de um recurso judicial efetivo é exigida pelo direito internacional geral<sup>3055</sup>. Independentemente da posição que se possa tomar nesta querela, sempre importa referir que a mesma se encontra plasmada em várias normas de instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, em particular, no art. 13.º da CEDH.

Esta norma encontra-se redigida da seguinte forma: «qualquer pessoa cujos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção tiverem sido violados tem direito a recurso perante uma instância nacional, mesmo quando a violação tiver sido cometida por pessoas que actuem no exercício das suas funções oficiais». Assim, a mesma prevê o direito a um recurso efetivo *em caso de violação* de um dos direitos previstos na Convenção. Trata-se de um *direito complementar*, que serve de suporte aos demais direitos previstos na CEDH. Assim, a violação do art. 13.º da CEDH apenas pode ser invocada se estiver relacionada com a necessidade de se garantir *outro* direito reconhecido pela Convenção<sup>3056</sup>.

O TEDH tem aplicado por diversas vezes o art. 13.º da CEDH a recursos de decisões de expulsão, reconhecendo que este normativo pode servir de garantia de que o expulsando veja

---

<sup>3054</sup> Também nesse sentido, RALF ALLEWELDT, que defende um direito a permanência temporária enquanto não se alcança a solução final. “Protection Against Expulsion”, p. 375. V. ainda, no sentido da suspensão dos efeitos das decisões como meio para se assegurar a tutela jurisdicional efetiva, MÁRIO TORRES, “A Lei dos Estrangeiros...”, p. 30.

<sup>3055</sup> Assim, GUY S. GOODWIN-GILL, *International Law...*, p. 262. Em sentido contrário, RICHARD PLENDER, *International Migration Law...*, p. 472.

<sup>3056</sup> FREDERIC SUDRE, *Droit Européen...*, p. 438. Note-se, no entanto, que não é necessário ter existido uma efetiva violação desse outro direito garantido pela CEDH. Para se garantir o direito ao recurso previsto no art. 13.º da CEDH, basta *alegar* a violação de um direito protegido pela Convenção.

o seu caso examinado por uma autoridade nacional caracterizada por independência e imparcialidade.

No caso *C.G. e outros c. Bulgária*<sup>3057</sup>, o TEDH analisou o respeito pelo art. 13.º numa situação em que se invocava que uma medida de expulsão, fundamentada na salvaguarda da segurança nacional, violava o art. 8.º. O TEDH afirmou que as medidas de expulsão que afetassem direitos fundamentais devem ser sujeitas a procedimentos contraditórios perante órgãos imparciais, competentes para analisar de forma efetiva a matéria factual, mesmo quando as autoridades invocassem a «segurança nacional».

Por seu turno, no caso *De Souza Ribeiro c. França*<sup>3058</sup>, o TEDH analisou o caso de um cidadão brasileiro, que residia há um longo período de tempo na Guiana Francesa e que foi expulso de forma sumária do território, não tendo tido a possibilidade de recorrer da medida. O TEDH considerou ter existido violação do art. 13.º em conjunto com o art. 8.º da CEDH. No já referido caso *Hirsi e outros c. Itália*, o TEDH considerou ter existido, *inter alia*, violação do art. 13.º pelo facto de as autoridades italianas terem afastado imigrantes em situação ilegal sem lhes ter dado oportunidade de recurso dessa medida<sup>3059</sup>.

De acordo com a jurisprudência do TEDH, um recurso apenas será *efetivo* se cumprir determinados requisitos. Em primeiro lugar, ele terá de ser acessível ao interessado, o que implica, *inter alia*, que o mesmo tenha conhecimento da decisão administrativa, dos seus fundamentos, e dos meios de reação ao seu dispor<sup>3060</sup>. A acessibilidade do recurso pressupõe, ainda, que o interessado tenha acesso a patrocínio judiciário<sup>3061</sup>. No caso *Abdolkhani e Karimnia*, o TEDH considerou ter existido violação do direito ao recurso efetivo pelo facto de as autoridades não terem notificado as partes quanto às razões de recusa dos pedidos de entrada no território, e não as terem autorizado a aceder a assistência jurídica, apesar de as mesmas o terem solicitado expressamente. Por esse facto, os recorrentes ficaram impedidos de alegar que a sua expulsão os sujeitaria a tratamentos desumanos e degradantes<sup>3062</sup>. Por seu turno, no caso *Nada c. Suíça* considerou que o recorrente, que tinha sido inscrito pelas autoridades suíças na «Portaria Federal sobre os Talibãs», não tinha tido acesso a quaisquer meios efetivos para obter a supressão do seu nome da lista<sup>3063</sup>. Concluiu, assim, ter havido violação do art. 13.º da CEDH em conjugação com o art. 8.º.

Assim, o TEDH tem reconhecido o direito ao recurso efetivo quer nos casos de aplicação de medidas expulsão, quer no caso de medidas de recusa de entrada no território ou de obtenção do estatuto legal.

Nesses casos, para poder servir como meio eficaz de proteção de direitos derivados de imigração, o recurso deve oferecer várias garantias, como a independência e igualdade de armas. Para além disso, tem de dar à instância competente a possibilidade de conhecer do mérito no que toca à violação do direito em causa, através, nomeadamente, da ponderação entre os interesses da comunidade e os do interessado<sup>3064</sup>. No caso *Chahal*, o TEDH

---

<sup>3057</sup> Dec. de 24/04/2008, *C.G. e outros c. Bulgária*, queixa n.º 1365/07.

<sup>3058</sup> Dec. do TEDH de 13/12/2012, *De Souza Ribeiro c. França*, queixa n.º 22689/07.

<sup>3059</sup> Dec. de 23/02/2012, *Hirsi Jamaa e outros c. Itália*, queixa n.º 27765/09.

<sup>3060</sup> NICHOLAS SITAROPOULOS, “The Role and Limits...”, p. 113.

<sup>3061</sup> O que incluirá a necessidade de informação sobre a disponibilidade e regras reguladoras do mesmo. V. dec. de 05/02/2002, *Conka c. Bélgica*, queixa n.º 51564/99

<sup>3062</sup> Dec. de 22/09/2009, *Abdolkhani and Karimnia c. Turquia*, queixa n.º 30471/08.

<sup>3063</sup> Dec. de 12/09/2012, *Nada c. Suíça*, queixa n.º 10593/08.

<sup>3064</sup> VIRGINIE NATALE, “Les Droits Procéduraux des Étrangers ...”, p. 301.

considerou que um recurso efetivo implica a possibilidade de avaliação da prova, pelo que uma simples análise do caso através da equidade não era suficiente<sup>3065</sup>. Mais afirmou que o facto de a expulsão se fundamentar na salvaguarda da segurança nacional não limitava, *a se*, o âmbito do controlo judicial, que sempre exigiria um exame de fundo da medida<sup>3066</sup>. Em sentido semelhante, na recente decisão no caso *Eshonkulov*, o TEDH analisou se, num caso de expulsão de um nacional do Uzbequistão, os tribunais haviam tido em consideração as vastas referências feitas pelo recorrente à jurisprudência do TEDH, bem como a relatórios das Nações Unidas e de ONGs sobre a situação no país de destino. O TEDH afirmou que os tribunais não tinham ponderado adequadamente a possibilidade de o recorrente sofrer o risco de tratamentos contrários ao art. 3.º da CEDH, tendo apenas levado em conta o facto de o recorrente se encontrar em situação ilegal no país<sup>3067</sup>.

Por fim, um recurso efetivo tem de dar origem a uma decisão vinculativa.

Um aspeto questionado pela doutrina tem sido o de saber se a exigência de efetividade do recurso impõe a necessidade de atribuir efeitos suspensivo ao mesmo. No já referido caso *Conka*, o TEDH recordou a sua jurisprudência segundo a qual a efetividade do recurso exige que os particulares possam impedir efeitos que sejam potencialmente irreversíveis e se traduzam numa violação de um direito protegido pela CEDH. No entanto, afirmou que os Estados possuem margem de apreciação no que toca a determinar a melhor forma de efetivar essa garantia. Assim, a CEDH não exigiria necessariamente a suspensão automática dos efeitos da decisão. A prevenção de “efeitos irreversíveis” podia ser levada a cabo através de outros mecanismos, tendo os Estados margem de apreciação para determinar quais. No caso *Conka*, apesar de a lei belga oferecer à recorrente medidas cautelares alternativas que poderiam ter efeitos equiparáveis aos da suspensão da medida, as mesmas não foram consideradas suficientes, por não revestirem características de certeza e eficácia que pudessem evitar adequadamente a produção de efeitos “irreversíveis”<sup>3068</sup>.

Assim, decorreria, à partida, da jurisprudência do TEDH, que um recurso que se possa apelidar de “efetivo” não teria necessariamente de suspender a medida de expulsão do território. A única obrigação dos Estados seria a de evitar a produção de efeitos *irreversíveis* que se traduzissem na violação de normas da CEDH<sup>3069</sup>.

Ultimamente, porém, o TEDH tem dado mais relevância à necessidade de atribuição de efeitos suspensivos aos recursos neste contexto, em particular quando se invoca violação do art. 2.º ou 3.º da CEDH. O TEDH afirmou que uma garantia efetiva da proibição ínsita no art. 3.º da CEDH implica que se preveja a possibilidade de se atribuir efeito suspensivo à decisão de afastamento durante a interposição de recurso da mesma. Num caso recente, em que tal efeito suspensivo não foi concedido, e apesar de o TEDH considerar não ter existido, *in casu*, violação do art. 3.º, ainda assim condenou o Estado expulsante por violação do art.

---

<sup>3065</sup> Ac. de 15/11/1996, *Chahal c. Reino Unido*, queixa n.º 22414/93.

<sup>3066</sup> No mesmo sentido, a dec. de 20/06/2002, *Al-Nashif c. Bulgária*, queixa n.º 50963/99.

<sup>3067</sup> Dec. de 15/01/2015, *Eshonkulov c. Rússia*, queixa n. 68900/13. Note-se, no entanto, que apenas considerou ter existido violação do art. 3.º, e não do art. 13.º da CEDH, tendo considerado não existir «necessidade de avaliar dessa violação». No mesmo sentido, a dec. de 26/02/2015, *Khalikov c. Rússia*, queixa n. 66373/13

<sup>3068</sup> Dec. de 05/02/2002, *Conka c. Bélgica*, cit. Sobre este ponto, v. CATHERINE TEITGEN-COLLY, “L’Éloignement des Étrangers...”, p. 317 e EVELIEN BROWER, “Effective Remedies for Third Country Nationals...”, p. 379.

<sup>3069</sup> SYLVIE SAROLÉA, *Droits de l’Homme...*, p. 288 e CORTE COSTITUZIONALE, *Lo Straniero nella Giurisprudenza...*, p. 48.

13.º da CEDH<sup>3070</sup>. Por seu turno, no caso *M.A. c. Chipre*, relativo à expulsão de um estrangeiro que invocava o risco de incorrer em tratamentos contrários ao art. 3.º da CEDH no país de origem, o TEDH considerou que as medidas cautelares previstas na legislação nacional não salvaguardam adequadamente as exigências derivadas dessa norma, uma vez que o próprio pedido dessas medidas não produzia efeitos suspensivos<sup>3071</sup>.

Note-se que estas decisões se encontram profundamente ligadas à natureza irreversível dos danos que poderiam advir da expulsão da pessoa para o país de origem. Tanto assim é que o TEDH tem afirmado que, estando em causa uma eventual violação do art. 8.º da CEDH em caso de expulsão, já não será imperativa a previsão de efeito suspensivo automático do recurso<sup>3072</sup>.

No decurso do próprio processo perante o TEDH, são inúmeras as situações em que este organismo recorre à adoção de medidas provisórias, nos termos do art. 39.º do regulamento interno do Tribunal, que lhe permite adotar tais medidas em caso de perigo para a vida ou de tortura ou tratamentos desumanos e degradantes<sup>3073</sup>. No presente contexto, tais medidas traduzem-se, as mais das vezes, na proibição de os Estados executarem as medidas de expulsão até à decisão final<sup>3074</sup>. Após uma jurisprudência que considerava que tais medidas provisórias não eram vinculativas, mais recentemente o TEDH tem condenado os Estados que não se conformam com as mesmas. Para tal, considera que incorrem em violação do art. 34.º da CEDH, que dispõe que os Estados se comprometem a não criar qualquer entrave ao exercício efetivo do direito de petição individual<sup>3075</sup>. O TEDH afirmou que do art. 34.º decorre não só que o recorrente tem direito a um recurso efetivo, mas também que, quando esteja em causa a violação do artigo 3.º da CEDH, tem um direito acrescido a um exame *eficaz* da medida estadual de extradição ou expulsão. A adoção de medidas ao abrigo do art. 39.º do regulamento funcionaria como uma condição para ambas. No caso *Zokhidov*<sup>3076</sup>, o TEDH adotou uma dessas medidas em relação à extradição feita pela Rússia de um nacional do Uzbequistão, país onde o mesmo era procurado por alegada pertença à organização religiosa Hizb ut-Tahrir. Considerando existir risco sério de tratamentos contrários ao art. 3.º, o TEDH proibiu qualquer medida de afastamento até decisão final. Tendo a Rússia desrespeitado essa medida cautelar, foi condenada não só por violação do art. 3.º, como ainda por violação do art. 34.º da CEDH. Por fim, no caso *Savridin Dzburayev*, o TEDH analisou o caso de um estrangeiro que foi transferido para o Tajiquistão, onde corria o risco de sofrer maus tratos, numa operação especial que envolveu agentes estatais russos, apesar de estar em vigor uma medida provisória indicada pelo TEDH. O TEDH considerou, mais uma vez, que o art. 3.º e o art. 34.º da CEDH tinham sido violados, não se tendo podido assegurar o gozo efetivo do direito previsto na CEDH. Mais afirmou que, devido à repetição de condenações

---

<sup>3070</sup> Dec. de 29/01/2013, *De Souza Ribeiro c. França*, queixa n.º 22689/07. V. ainda a dec. de 06/06/2013, *Mohammed c. Áustria*, queixa n.º 2283/12.

<sup>3071</sup> Dec. de 23/07/2013, *M.A. c. Chipre*, queixa n.º 41872/10.

<sup>3072</sup> Dec. de 29/01/2013, *De Souza Ribeiro c. França*, cit.

<sup>3073</sup> ANNE LISE DUCROQUETZ refere que é precisamente no contexto das medidas de expulsão e de extradição que o TEDH toma a maior parte dessas medidas. Cf. *L'Expulsion des Étrangers...*, p. 218.

<sup>3074</sup> Assim, a dec. de 27/03/2012, no caso *Mannai c. Itália*, queixa n.º 9961/10, referente à expulsão para a Tunísia de um alegado fundamentalista islâmico.

<sup>3075</sup> Dec. de 06/02/2003, *Mamatkulov e Abdurasulovic c. Turquia*, queixas n.º 46827/99 e 46951/99, que marcou o ponto de viragem neste contexto. Sobre este ponto, v. EDOUARD DUBOUT, “Interprétation Téléologique...”, p. 410.

<sup>3076</sup> Dec. de 05/02/2013, *Zokhidov c. Rússia*, queixa n.º 67286/10.



deste tipo, o Estado Russo deveria adotar medidas de caráter geral que permitissem uma proteção eficaz das vítimas<sup>3077</sup>.

Note-se, no entanto, que isto não significa que o TEDH adote sempre medidas deste tipo quando está em causa uma possível violação do art. 3.º, ou que considere que o desrespeito pelas mesmas acarreta sempre uma violação do art. 34.º da Convenção. De facto, o Tribunal já teve ocasião de afirmar que essas duas circunstâncias são avaliadas num circunstancialismo específico, face a um risco atual e real de se colocar em causa a efetividade do recurso<sup>3078</sup>.

De qualquer forma, afirma-se hoje, de forma generalizada, que o recurso deve produzir efeito suspensivo quando a medida de expulsão puder provocar efeitos irreversíveis à luz do art. 3.º da CEDH<sup>3079</sup>.

Esta orientação adequa-se, de resto, com os já mencionados vinte princípios do Conselho da Europa sobre regresso forçado de estrangeiros em situação irregular<sup>3080</sup>. De entre eles, o princípio n.º 5 requer a possibilidade de recurso efetivo contra medidas de expulsão, incluindo a possibilidade de se conceder efeito suspensivo às mesmas.

O art. 23.º do PIDCP consagra expressamente o direito ao recurso no contexto das garantias que devem ser reconhecidas aos imigrantes em situação regular. No entanto, das decisões do Comité sobre este ponto não resulta claro se a decisão de expulsão deve ser suspensa durante a pendência do mesmo<sup>3081</sup>. Por outro lado, a norma não menciona a natureza – judiciária ou administrativa - da autoridade, embora a mesma tenha de ser uma *autoridade imparcial*.

Por seu turno, a Convenção das Nações Unidas para a Proteção de todos os Trabalhadores Migrantes e Membros das suas Famílias prevê, no art. 22.º, o direito de todos os imigrantes objeto de uma medida de expulsão verem o seu caso reapreciado por uma autoridade competente, a não ser que a isso se oponham razões de segurança nacional. O n.º4 prevê que, enquanto o recurso é apreciado, o expulsando tem o direito de procurar obter a suspensão da referida decisão.

---

<sup>3077</sup> Dec. de 25/04/2013, *Savridin Dzjurayev c. Rússia*, queixa n.º 71386/10. V., no mesmo sentido, dec. de 21/05/2015, *Mukhitdinov c. Rússia*, queixa n. 20999/14.

<sup>3078</sup> Dec. de 12/04/2005, *Chamaiev, cit.* Para mais desenvolvimentos sobre este ponto, v. ANNE LISE DUCROQUETZ, *L'Expulsion des Étrangers...*, p. 219 e ss., NICHOLAS SITAROPOULOS, "The Role and Limits...", p. 115 e ss.

<sup>3079</sup> AGÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA PARA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS & CONSELHO DA EUROPA, *Manual de Legislação Europeia...*, p. 107. V. ainda dec. de 26/04/2007, *Gebremedhin c. França*, queixa n.º 25389/05.

<sup>3080</sup> Comité de Ministros, *Twenty Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on Forced Return*, 04/05/2005.

<sup>3081</sup> Sobre este ponto, v. LUDOVIC HENNEBEL, *La Jurisprudence...*, p. 193. V. ainda as decisões de 03/04/1987, *Hammel c. Madagascar*, comunicação n.º 155/1983, de 20/07/1990, *Giry c. República Dominicana*, comunicação n.º 193/1985, de 05/11/1981, *Canón García c. Equador*, comunicação n.º 319/1988.

## 2. DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

### 2.1. CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UE

O direito da UE também reconhece e protege um direito ao recurso judicial das decisões lesivas para os particulares. O art. 47.º da CDFUE garante o direito «à ação e a um tribunal imparcial»<sup>3082</sup>. Esta norma revela-se de especial importância no contexto da salvaguarda dos direitos fundamentais dos imigrantes, já que ela abrange simultaneamente as garantias previstas no art. 6.º e no art. 13.º da CEDH<sup>3083</sup>. Contrariamente ao art. 6.º da CEDH, o seu âmbito não é restrito aos processos civis e criminais, e, contrariamente ao art. 13.º, não é restrito aos direitos previstos na CDFUE, pelo que se aplica também aos direitos previstos em qualquer norma de direito da UE<sup>3084</sup>. Esta norma explicita várias garantias, que abrangem o direito a ser julgado de «forma equitativa, publicamente e num prazo razoável», por um «tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei». É garantida ainda a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo, bem como a assistência judiciária a quem não disponha de recursos suficientes<sup>3085</sup>. O TJ já teve oportunidade de se referir ao conteúdo do art. 47.º da CDFUE<sup>3086</sup>, acrescentando ainda, na mesma linha da jurisprudência do TEDH, que o referido direito garante o direito a ter a possibilidade de ver reanalisadas todas as questões pertinentes, de facto e de direito. Trata-se de um dos aspetos mais relevantes no contexto da proteção de direitos derivados de imigração. A doutrina acrescenta ainda que o tribunal deve ter a possibilidade de conceder medidas provisórias<sup>3087</sup>.

A consagração deste direito na CDFUE constitui, para alguns autores, uma das maiores evoluções no que toca à garantia dos direitos fundamentais dos estrangeiros no contexto da Carta<sup>3088</sup>. No entanto, alguns autores referem que o direito de acesso à justiça por parte de

---

<sup>3082</sup> Para um comentário, v. EU NETWORK OF INDEPENDENT EXPERTS ON FUNDAMENTAL RIGHTS, *Commentary of the Charter...*, p. 359 e ss. e MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, “Artigo 47.º - Direito à ação e a um tribunal imparcial...”, p. 537 e ss.

<sup>3083</sup> PIETER BOELES, MAARTEN DEN HEIJER, GERRIE LODDER & KEES WOUTERS, *European Migration Law...*, p. 413.

<sup>3084</sup> Assim, EU NETWORK OF INDEPENDENT EXPERTS ON FUNDAMENTAL RIGHTS, *Commentary of the Charter...*, p. 359, STEVE PEERS, “Immigration, Asylum and the European Union Charter...” (2012), p. 466. Sobre este ponto, v. EVELIEN BROWER, “Effective Remedies for Third Country Nationals...”, p. 380, MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, “Artigo 47.º - Direito à ação e a um tribunal imparcial...”, p. 540. Sobre a garantia do direito ao recurso efetivo pela ordem jurídica da União Europeia v., entre nós, PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS, *Da proclamação à garantia efetiva dos direitos fundamentais...*

<sup>3085</sup> Sobre este ponto v., em especial, MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, “Artigo 47.º - Direito à ação e a um tribunal imparcial...”, p. 544.

<sup>3086</sup> Ac. de 06/11/2012, *Otis*, proc. n.º C-199/11. V., sobre este ponto, PIETER BOELES, MAARTEN DEN HEIJER, GERRIE LODDER & KEES WOUTERS, *European Migration Law...*, p. 414.

<sup>3087</sup> EU NETWORK OF INDEPENDENT EXPERTS ON FUNDAMENTAL RIGHTS, *Commentary of the Charter...*, p. 361.

<sup>3088</sup> STEVE PEERS, “Immigration, Asylum and the European Union Charter...” (2012), p. 468. Note-se, porém, que o “direito a um recurso jurisdicional efetivo”, ou direito de ação, no sentido de os particulares poderem fazer valer judicialmente os direitos conferidos pelo direito da UE havia já sido afirmado pelo TJ como «expressão de um princípio geral de direito que está na base das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros». Cf. Ac. de 15/03/1986 *Jonhstonon*, proc. n.º 222/84. V., para mais desenvolvimentos sobre este ponto, MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, “Artigo 47.º - Direito à ação e a um tribunal imparcial...”, p. 538.

nacionais de países terceiros constituía já um princípio geral do direito da UE<sup>3089</sup>. De facto, o “direito a um recurso jurisdicional efetivo”, ou direito de ação, no sentido de os particulares poderem fazer valer judicialmente os direitos conferidos pelo direito da UE havia já sido afirmado pelo TJ como «expressão de um princípio geral de direito que está na base das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros»<sup>3090</sup>. Esse princípio foi sobretudo desenvolvido através da jurisprudência do TJ a propósito da aplicação dos acordos de associação, celebrados entre a UE e países terceiros, e em que se considerou que os nacionais de países terceiros abrangidos pelos mesmos tinham direito às mesmas garantias processuais que os cidadãos da UE, de forma a poderem efetivar os seus direitos conferidos por esses acordos<sup>3091</sup>.

## 2.2. NORMAS DE DIREITO DERIVADO

São ainda vários os instrumentos de direito derivado que se referem ao direito de recurso judicial das decisões em matéria de imigração.

Desde logo, o art. 4.º da Diretiva 2001/40/CE relativa ao reconhecimento mútuo de decisões de afastamento de nacionais de países terceiros, refere expressamente a necessidade de os Estados-Membros preverem procedimentos judiciais destinados a controlar a execução das medidas de expulsão. Por seu turno, o art. 13.º da Diretiva 2008/115/CE (“Diretiva Retorno”) impõe que os Estados-Membros prevejam um direito ao recurso das decisões de expulsão e de proibição de reentrada, perante um órgão que ofereça garantias de independência. No decurso das negociações, os Estados-Membros opuseram-se a que esse recurso tivesse efeito suspensivo<sup>3092</sup>. Do texto final consta, assim, que as autoridades competentes para reapreciar as decisões em causa têm a possibilidade de suspender temporariamente a sua execução, «a menos que a suspensão temporária já seja aplicável ao abrigo da legislação nacional». Nos termos do n.º 3 do art. 13.º, o nacional de país terceiro pode obter assistência e representação jurídicas e, se necessário, serviços linguísticos. Por fim, o n.º 4 estabelece ainda que os Estados-Membros devem conceder assistência jurídica gratuita, a pedido. Como o apoio judiciário é disponibilizado a pedido, isso implica que as pessoas sejam informadas sobre a possibilidade dessa prestação<sup>3093</sup>. No entanto, importa sublinhar que a disponibilização de apoio jurídico gratuito está dependente da legislação nacional aplicável. Este reenvio para a legislação nacional pode, a final, diminuir o efeito útil da disposição.

Por seu turno, o Código de Fronteiras Schengen prevê o direito de recurso das decisões de recusa de entrada (art. 13.º, n.º3), embora se refira expressamente que o recurso não produz efeitos suspensivos. O Regulamento sobre o SIS II dispõe, por seu turno, que

---

<sup>3089</sup> EVELIEN BROWER, “Effective Remedies for Third Country Nationals...”, p. 381, MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, “Artigo 47.º - Direito à ação e a um tribunal imparcial...”, p. 538. V., sobre as limitações existentes antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa no que toca às garantias jurisdicionais no contexto do ELSJ, ANA MARIA GUERRA MARTINS, “A Protecção Jurisdicional dos Direitos Fundamentais...”, p. 521 e ss e STEVE PEERS, “The Jurisdiction of the Court of Justice over EC Immigration...”, p. 85 e ss.

<sup>3090</sup> Ac. de 15/03/1986, *Johnston*, proc. n.º 222/84.

<sup>3091</sup> EVELIEN BROWER, “Effective Remedies for Third Country Nationals...”, p. 383.

<sup>3092</sup> EMANUELA CANETTA, “The EU Policy on Return...”, p. 444.

<sup>3093</sup> AGÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA PARA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS & CONSELHO DA EUROPA, *Manual de Legislação Europeia...*, p. 119.

qualquer pessoa pode instaurar, perante os tribunais ou perante a autoridade competente de qualquer Estado-Membro, uma ação que tenha por objeto o acesso, a retificação ou a supressão de uma indicação que lhe diga respeito, bem como a obtenção de informação ou indemnização relativamente a tal indicação (art. 43.º)<sup>3094</sup>.

Por seu turno, o Código Comunitário de Vistos garante aos requerentes a quem seja recusado, anulado ou revogado um visto, o direito de recurso contra o Estado-Membro que tomou a decisão final sobre o pedido, nos termos do direito interno desse Estado (art. 32.º, n.º3). O Código não prevê regras específicas no que toca ao recurso, competindo aos Estados-Membros regulamentar tal direito.

Por fim, as várias Diretivas que visam harmonizar as condições respeitantes à entrada de nacionais de países terceiros no território preveem a possibilidade de interposição de recurso das decisões desfavoráveis<sup>3095</sup>.

Estes últimos instrumentos preveem algumas garantias a aplicar no decurso da apreciação dos recursos relativos às decisões emanadas no seu contexto. Assim, a Diretiva sobre residentes de longa duração refere que Estados-Membros devem prever o direito de recurso judicial da decisão de expulsão bem como de apoio judiciário ao residente de longa duração que não disponha de recursos suficientes, nas mesmas condições que aos nacionais do Estado em que reside<sup>3096</sup>. Por seu turno, o art. 18.º da Diretiva sobre o direito ao reagrupamento familiar garante o direito de interposição de recurso em caso de não renovação ou retirada da autorização de residência, ou em caso de decisão de afastamento. Contrariamente à anterior, esta Diretiva refere expressamente que o procedimento e a competência segundo os quais é exercido o direito ao recurso são estabelecidos pelos Estados-Membros em questão<sup>3097</sup>. Parece que o Estado goza de discricionariedade quanto ao tipo de organismo responsável por analisar o recurso (administrativo ou judicial), quanto aos efeitos do mesmo, e quanto à possibilidade de se estabelecerem medidas cautelares<sup>3098</sup>. Não obstante, uma interpretação conforme com a CDFUE implica que se garanta pelo

---

<sup>3094</sup> Assim, já o art. 111.º da CAAS. Note-se que o indivíduo pode fazer o recurso em qualquer Estado, e não necessariamente no que inseriu a referência. Nos termos do n.º2, os Estados comprometem-se mutuamente a executar as decisões definitivas tomadas pelos órgãos jurisdicionais ou autoridades na sequência desses recursos. Sobre este ponto, v. EVELIEN BROWER, “Effective Remedies for Third Country Nationals...”, p. 395.

<sup>3095</sup> Art. 18.º da Diretiva relativa ao direito ao reagrupamento familiar, art. 20.º, n.º2 da Diretiva relativa ao estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duração, o art. 18.º, n.º4 da Diretiva relativa às condições de admissão de nacionais de países terceiros para efeitos de estudos, de intercâmbio de estudantes, de formação não remunerada ou de voluntariado, art. 15.º, n.º 4 da Diretiva sobre admissão de nacionais de países terceiros para efeitos de investigação científica, art. 8.º, n.º2 da Diretiva relativa a um procedimento de pedido único de concessão de uma autorização única para os nacionais de países terceiros residirem e trabalharem no território de um Estado-Membro e a um conjunto comum de direitos para os trabalhadores de países terceiros que residem legalmente num Estado-Membro. Note-se, contudo, que a terminologia usada nos referidos instrumentos varia. Assim, nos termos do art. 20.º, n.º2 da Diretiva relativa ao estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duração, fala-se no «direito de interpor recurso», não se requerendo especificamente que o mesmo seja de natureza judicial. Já no art. 12.º, n.º4, referente a expulsão, a mesma Diretiva refere-se especificamente a recurso judicial. O mesmo se diga no que toca ao art. 18.º da Diretiva relativa ao direito ao reagrupamento familiar.

<sup>3096</sup> Sobre este ponto v., em detalhe, EVELIEN BROWER, “Effective Remedies in Immigration...”, p. 63.

<sup>3097</sup> Sobre este ponto, v. EVELIEN BROWER, “Effective Remedies for Third Country Nationals...”, p. 386.

<sup>3098</sup> Pelo facto de estes aspetos ficarem na discricionariedade dos Estados, alguns autores referem que a disposição em causa acaba por constituir uma garantia vazia de conteúdo. Assim, HELEN OOSTEROM-STAPLES, “The Family Reunification...”, p. 486.

menos *um grau* de recurso jurisdicional, que incida sobre o *mérito e legalidade* da decisão, num determinado prazo, bem como apoio judiciário<sup>3099</sup>.

Apesar destas referências expressas nestes instrumentos, deve sublinhar-se que, no que toca aos demais, se aplicam as garantias gerais de acesso ao recurso, decorrentes da CDFUE.

### 3. CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA

A garantia de recurso efetivo no contexto das medidas emanadas em matéria de imigração pode retirar-se de duas disposições constitucionais: do art. 20.º e, em particular, no contexto do contencioso administrativo, do art. 268.º, n.º4.

No presente contexto aplicam-se, naturalmente, todas as garantias previstas de forma geral no art. 20.º, que consagra o direito de acesso aos tribunais, com os seus corolários, como o da exigência de processo equitativo, com efetiva garantia do princípio do contraditório ou o da celeridade<sup>3100</sup>. Neste ponto reveste especial importância o direito ao patrocínio judiciário, que, como se teve oportunidade de estudar na Parte II, o Tribunal Constitucional tem afirmado dever reconhecer-se de igual forma aos estrangeiros que se encontrem em Portugal<sup>3101</sup>. Neste ponto, importa lembrar o Ac. n.º 962/96, de 11/07/1996, que referiu que o direito de acesso a tribunal integra o núcleo irredutível do princípio da equiparação<sup>3102</sup>. Tal patrocínio é essencial para o imigrante poder preparar a sua defesa no que toca, eventualmente, à alegação de um eventual direito de imigração, já que o mesmo é resultado de um conjunto normativo algo complexo. O Tribunal afirmou já também, que a garantia de recurso contencioso constitui um direito instrumental do próprio direito garantido<sup>3103</sup>.

A Constituição reforçou a garantia de acesso aos tribunais, no n.º 4 do art. 268.º<sup>3104</sup>, que consagra o princípio da tutela jurisdicional efetiva no contexto das relações dos particulares

---

<sup>3099</sup> Assim, também STEVE PEERS, EU *Justice and Home Affairs...*, p. 471.

<sup>3100</sup> Sobre o direito de acesso ao direito v., *inter alia*, CARDOSO DA COSTA, “A Tutela dos Direitos Fundamentais...”, p. 201 e ss., MÁRIO DE BRITO, “Acesso ao Direito e aos Tribunais...”, p. 351 e ss., FERNANDO ALVES CORREIA, *Os Direitos Fundamentais e a sua Proteção Jurisdicional Efetiva...*, p. 63 e ss., J.J. GOMES CANOTILHO, “Constituição e Déficit Procedimental...”, p. 33 e ss. e JORGE MIRANDA, *Manual...* Tomo IV, p. 352 e ss.

<sup>3101</sup> Cf. *supra*, Parte II, Capítulo III, ponto 5.4.

<sup>3102</sup> Este princípio foi reafirmado nos também já referidos Acs. n.º 365/2000, de 05/07/2000, e n.º 433/2003, de 29/09/2003, no que toca a estrangeiros não residentes.

<sup>3103</sup> Assim, o Ac. n.º 690/95, de 05/12/1995, a propósito da garantia de recurso contencioso contra o ato administrativo de recusa de concessão de asilo.

<sup>3104</sup> Para um estudo detalhado desta garantia constitucional em geral v., *inter alia*, RUI MACHETE, “A Garantia Contenciosa...”, p. 227 e ss., MÁRIO TORRES, “A Garantia Constitucional do Recurso Contencioso”, p. 36 e ss., MARIA FERNANDA MAÇAS, “Relevância Constitucional da Suspensão Judicial da Eficácia...”, p. 325 e ss., BARBOSA DE MELO, “Parâmetros Constitucionais da Justiça Administrativa”, p. 377 e ss., DIOGO FREITAS DO AMARAL & MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Grandes Linhas da Reforma...*, p. 53 e ss., ANA RAQUEL MONIZ, “O Direito de Impugnação Judicial...”, p. 49 e ss., e JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa...*, p. 145 e ss.

com a administração<sup>3105</sup>. O preceito constitucional prevê diversas formas de tutela jurisdicional de pretensões administrativas que, não obstante, não são taxativas<sup>3106</sup>.

Ora, neste ponto revestem especial importância as ações de impugnação de quaisquer atos administrativos lesivos de direitos ou interesses juridicamente protegidos dos particulares<sup>3107</sup>. Tal como se referiu *supra*, uma vez que se trata, neste ponto, de efetivar direitos fundamentais derivados de imigração, está garantida constitucionalmente a possibilidade de o estrangeiro impugnar judicialmente qualquer decisão em matéria de imigração que se pode traduzir em eventual lesão desse direito<sup>3108</sup>. Mas nos casos em que esteja em causa a recusa de emissão de autorização de residência, a Constituição prevê ainda que a tutela jurisdicional efetiva possa revestir a forma de condenação à prática de ato devido<sup>3109</sup>.

Por fim, a proteção constitucional da referida tutela abrange ainda a possibilidade de imposição de medidas cautelares «adequadas». A Constituição não configura os tipos concretos de medidas cautelares que devem ser garantidas, cabendo ao legislador concretizá-las<sup>3110</sup>. Tais medidas podem ser antecipatórias ou traduzir-se na suspensão da eficácia da decisão em litígio. De qualquer forma, a Constituição configura a tutela cautelar como um aspeto essencial da tutela jurisdicional efetiva dos particulares face à administração<sup>3111</sup>. Essa mesma conclusão resulta já, aliás, da proteção constitucional do acesso ao direito previsto no art. 20.<sup>o</sup><sup>3112</sup>. Note-se que, como refere FERNANDA MAÇÃS, isso não exige que se reconheça ao particular, em todos os casos, um direito fundamental à suspensão das decisões administrativas. Contrária é a opinião de MÁRIO TORRES, para quem o direito à tutela judicial *efetiva* implica a atribuição de efeitos suspensivos aos recursos das decisões de expulsão, sejam elas decisões judiciais ou administrativas<sup>3113</sup>.

Ora, o TC nunca afirmou que, do direito à tutela jurisdicional efetiva, decorre a imposição de *suspensão automática* da decisão recorrida. No entanto, já reconheceu que a tutela jurisdicional efetiva pressupõe a necessidade de adoção de medidas que *acauzelem o efeito útil*

---

<sup>3105</sup> Sobre as razões da consagração expressa de um direito à tutela jurisdicional efetiva nesta sede, v. JORGE MIRANDA & RUI MEDEIROS, *Constituição...*, 1ª Edição, Tomo III, p. 609.

<sup>3106</sup> Sobre este ponto, v. DIOGO FREITAS DO AMARAL & MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Grandes Linhas da Reforma...*, p. 53 e ss. e JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa...*, p. 148 e ss..

<sup>3107</sup> Sobre as mesmas v., *inter alia*, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa...*, p. 185 e ss.

<sup>3108</sup> De facto, não cabendo aqui a discussão sobre os atos administrativos impugnáveis, sempre se dirá que a garantia constitucional vale em relação a toda e qualquer decisão administrativa, independentemente da entidade que a emane, ou do contexto procedimental em que seja produzida, bastando que a mesma seja passível de lesar direitos ou interesses legalmente protegidos para que possa ser objeto de impugnação contenciosa. V., a título de exemplo, o Ac. n.º 416/99, de 29/06/1999.

<sup>3109</sup> Sobre esta ação v., *inter alia*, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa...*, p. 203 e ss.

<sup>3110</sup> J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. II, p. 829. Sobre este ponto, v. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa...*, p. 306 e ss.

<sup>3111</sup> MARIA FERNANDA MAÇÃS, “Relevância Constitucional da Suspensão Judicial da Eficácia...”, p. 335, JORGE MIRANDA & RUI MEDEIROS, *Constituição...*, 1ª Edição, Tomo III, p. 612. Defendendo um direito subjetivo a uma proteção cautelar efetiva para defesa de direitos, liberdades e garantias pessoais no processo administrativo, com base no art. 20.º, n.º 4 e no art. 268.º, n.º 4 da CRP, v. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 147. Especificamente em matéria de contencioso da imigração, v. CARLA AMADO GOMES & ANABELA COSTA LEÃO, *A Condição de Imigrante...*, p. 80.

<sup>3112</sup> JORGE MIRANDA & RUI MEDEIROS, *Constituição...*, 2.ª Edição, Tomo I, p. 453.

<sup>3113</sup> MÁRIO TORRES, “A Lei dos Estrangeiros...”, p. 30. No sentido de a atribuição de efeito meramente devolutivo ao recurso de decisão de expulsão frustrar o princípio da tutela judicial efetiva constitucionalmente consagrado, v. JORGE MIRANDA, “A Cidadania”..., p. 32.

da decisão e que impeçam uma lesão grave ou dificilmente reparável do direito em causa<sup>3114</sup>. Neste sentido, pode dizer-se que a Constituição garante o *direito à efetividade* das sentenças proferidas<sup>3115</sup>. Neste sentido, são ilustrativas as palavras de DIOGO FREITAS DO AMARAL & MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, que referem que «a existência de uma tutela cautelar efectiva é absolutamente decisiva para a efectividade da tutela declarativa e executiva. Como é evidente, uma sentença é inútil se, no momento em que vem finalmente a ser proferida, já não puder ser executada ou se, em todo o caso, dela já não for possível extrair quaisquer consequências, por não terem sido, entretanto, adoptadas providências que acautelassem a situação na pendência do processo»<sup>3116</sup>. Assim, pode dizer-se que resulta da Constituição uma imposição de previsão de medidas que acautelem o efeito útil das decisões jurisdicionais, embora não necessariamente uma imposição de efeito suspensivo automático das decisões<sup>3117</sup>.

Este ponto tem particular relevância no contencioso da imigração. O reconhecimento da necessidade de proteção do efeito útil dos recursos é tão mais premente quando o estrangeiro pretende impugnar decisões que possam acarretar a lesão grave e irreversível de direitos fundamentais-fim, como é o caso do direito à vida ou da integridade pessoal. Nestes casos, derivará da conjugação da proteção constitucional desses direitos fundamentais com a proteção constitucional da tutela judicial efetiva a necessidade de se atribuir efeito suspensivo à decisão administrativa potencialmente lesiva, nomeadamente através da concessão de providência cautelar de suspensão do ato administrativo. Uma leitura dos preceitos constitucionais à luz dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos assim o exige, de resto.

#### 4. LEI DE IMIGRAÇÃO PORTUGUESA

As garantias de recurso efetivo previstas na Constituição e na lei geral relativa ao contencioso administrativo aplicam-se, naturalmente, a qualquer decisão administrativa emanada em matéria de imigração. Ainda assim, a lei de imigração prevê expressamente, em alguns casos, o direito de impugnação judicial das medidas administrativas tomadas nesta matéria. Assim, entre outras, no que toca à decisão de indeferimento de autorização de residência, em geral, a lei refere que a mesma é notificada ao interessado com indicação dos fundamentos, bem como do direito de impugnação judicial e do respetivo prazo (art. 82.º, n.º 4). Naturalmente que a menção expressa da possibilidade de recurso nesses casos não significa que, nos demais, tais garantias não se apliquem, já que valerão as regras gerais.

---

<sup>3114</sup> V., em particular, o Ac. n.º 276/06, de 02/05/2006.

<sup>3115</sup> JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa...*, p. 163.

<sup>3116</sup> DIOGO FREITAS DO AMARAL & MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Grandes Linhas da Reforma...*, p. 55. Em sentido semelhante, v., ainda, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa...*, p. 305. Note-se que o regime legal do contencioso administrativo atualmente em vigor (contido no Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22/02 e alterado, por último, pela Lei n.º 63/2011, de 14/12) prevê, para além de medidas cautelares de diversos tipos, ações urgentes, como a intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias, que visa dar cumprimento ao n.º 5 do art. 20.º da CRP, nos termos do qual «para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos».

<sup>3117</sup> Note-se, contudo, que a aplicação de medidas cautelares não equivale totalmente à atribuição de efeito suspensivo automático ao recurso, já que o recorrente tem de demonstrar vários requisitos para que a suspensão lhe seja garantida. Sobre este ponto v. CARLA AMADO GOMES, “The Administrative Condition...”, p. 30.

No que toca aos efeitos das impugnações das decisões administrativas, a lei determina, de uma forma geral, a produção efeitos meramente devolutivos<sup>3118</sup>. No entanto, isso não prejudica a possibilidade de recurso a processos urgente ou com efeito suspensivo, ou a medidas cautelares, previstas na lei geral sobre o contencioso administrativo<sup>3119</sup>.

A possibilidade de recurso é ainda prevista para a aplicação de medidas autónomas de expulsão judicial. O art. 158.º refere também, expressamente, que tal recurso produz efeitos meramente devolutivos. Esta norma coloca, porém, mais dúvidas do que a respeitante à impugnação judicial das medidas de expulsão administrativa. Assim é porque, no contexto destas últimas, o expulsando pode requerer uma providência cautelar de suspensão da eficácia do ato de expulsão, o mesmo não sucedendo no que toca ao recurso das decisões judiciais, em que o recorrente não pode alterar o efeito do recurso, não se aplicando nesta sede as regras do contencioso administrativo<sup>3120</sup>. Esta norma põe, assim, em causa o direito ao recurso efetivo, bem como a garantia de tutela efetiva contra expulsões que possam desembocar em tortura ou outros tipos de tratamentos proibidos.

Em algumas normas, porém, prevê-se a atribuição de efeitos suspensivos ao recurso das decisões administrativas. É esse o caso da impugnação de várias decisões no contexto do reagrupamento familiar<sup>3121</sup>, e no contexto da regulação do estatuto de residente de longa duração<sup>3122</sup>.

Por fim, importa ainda sublinhar que a lei prevê algumas garantias para o decurso do processo judicial de impugnação das decisões em matéria de imigração. Em particular, prevê a prestação de serviços de tradução e interpretação a pedido do interessado. Apesar de essa menção ser feita no art. 150.º, no contexto da impugnação judicial das decisões administrativas de afastamento coercivo, a mesma deverá valer para todos os processos de impugnação judicial. O art. 92.º do Código de Processo Penal, aplicável subsidiariamente às medidas autónomas de expulsão judicial, bem como, naturalmente, à aplicação de pena acessória de expulsão, prescreve a nomeação, sem encargo, de intérprete idóneo, mesmo que a entidade competente conheça a língua usada pelo arguido. O art. 133.º, n.º 2 do atual Código de Processo Civil, aplicável aos processos que corram nos tribunais administrativos, *ex vi* art. 1.º do CPTA, prevê a possibilidade de ser nomeado um intérprete aos estrangeiros que não conheçam a língua portuguesa, «se necessário». Uma garantia efetiva do direito de defesa exige, porém, que esse direito se aplique sempre que a língua portuguesa não seja conhecida, pelo que julgamos que a referência, feita no final da norma, é desnecessária e oferece o risco de ser interpretada no sentido de diminuir essas garantias.

---

<sup>3118</sup> Assim, o art 58.º, no que toca às decisões respeitantes à recusa de entrada e o art. 150.º, sobre decisões de afastamento coercivo.

<sup>3119</sup> Assim, expressamente, o n.º 2 do art. 150.º.

<sup>3120</sup> Sobre este ponto v. CARLA AMADO GOMES, “The Administrative Condition...”, p. 37 e ALEXANDRA CHÍCHARRO DAS NEVES, *Os Direitos do Estrangeiro...*, p. 103.

<sup>3121</sup> Assim, a decisão de cancelamento da autorização de residência (n.º 7 do art. 108.º) e a decisão de indeferimento, quando os membros da família já se encontrem no território (n.º 8 do art. 106.º).

<sup>3122</sup> Assim, a decisão de perda desse estatuto (art. 132.º, n.º 3) e a decisão de expulsão do residente de longa duração (art. 136.º, n.º 3).



## CAPÍTULO III

### GARANTIAS RELATIVAS À DETENÇÃO DE IMIGRANTES

Por fim, importa analisar as garantias previstas para os casos de detenção de imigrantes, aplicáveis nas situações expressamente mencionadas na lei. Ora, a detenção de imigrantes é aplicada, em geral, devido à presença ilegal no território, ou quando decorre um processo de expulsão contra certa pessoa. No entanto, pode suceder que o detido, apesar de se encontrar ilegalmente presente no território, ou ser objeto de um processo de expulsão em curso, seja titular de um direito derivado de imigração. Se for esse o caso, a condição de detido não pode constituir um entrave à possibilidade de o imigrante invocar, perante as autoridades, os factos que podem levar a que o referido direito seja efetivado.

Assim, importa mencionar algumas garantias que derivam do direito positivo e que se aplicam aos casos de detenção de imigrantes.

#### 1. INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A detenção de estrangeiros apenas motivada pelo cruzamento de fronteiras sem posse dos documentos necessários, ou antecedendo um processo de expulsão, não é interdita enquanto tal pelo direito internacional<sup>3123</sup>. Não obstante, dos vários instrumentos de proteção dos direitos humanos derivam limites à aplicação dessa medida, já que os mesmos consagram a proibição de detenção arbitrária. Tais limites são também importantes enquanto garantias procedimentais para efetivação dos direitos de imigração.

##### 1.1. JURISPRUDÊNCIA DOS ÓRGÃOS DE GARANTIA DA CEDH

A jurisprudência do TEDH e as decisões do Comité dos Direitos têm desenvolvido bastantes garantias sobre os limites à detenção de imigrantes. Importa analisar aqui as que se relacionam em específico com a possibilidade de o imigrante poder atuar, ainda que em contexto de detenção, para defender um eventual direito derivado de imigração.

A CEDH lista no art. 5.º os casos autorizados de privação da liberdade. Trata-se de uma lista exaustiva que deve ser objeto de uma interpretação restritiva. A detenção de imigrantes é prevista expressamente no art. 5.º, n.º1, al. f), como forma de impedir a entrada ilegal de imigrantes no território ou se estiver em curso processo de expulsão ou de extradição<sup>3124</sup>.

Apesar de a detenção de imigrantes ser aceite no sistema da CEDH, os órgãos de garantia da Convenção procedem a um controlo relativo à aplicação de uma medida desse tipo. O TEDH começa por verificar se uma determinada medida se pode considerar uma medida de *detenção*, *i.e.*, uma verdadeira privação da liberdade. O TEDH adotou um conceito flexível de

---

<sup>3123</sup> Sobre este ponto, v. ANA RITA GIL, “A Detenção de Imigrantes na Jurisprudência...”

<sup>3124</sup> Note-se que a noção de “entrada ilegal” é preenchida de acordo com o que dispuser a lei do Estado parte.

detenção, dependente dos contornos específicos da medida concreta. São tidos em conta o tipo, duração, efeitos e a forma de aplicação da mesma. Assim, por exemplo, no caso *Amuur c. França*<sup>3125</sup>, discutiu-se a legitimidade da detenção de vinte e dois estrangeiros – de entre os quais, onze crianças –, durante vinte dias na zona internacional de um aeroporto. A ComEDH havia considerado que essa medida não consubstanciava uma privação da liberdade, mas o TEDH foi de opinião contrária. Tendo em conta a duração da manutenção das pessoas na referida zona, considerou que ela se tinha traduzido numa verdadeira *privação da liberdade*, e, por isso, numa autêntica *detenção*<sup>3126</sup>. Tratando-se de uma detenção, devem aplicar-se todas as garantias que devem informar a mesma.

Uma vez verificado que a medida em causa se pode qualificar de detenção, o TEDH procede à análise da legitimidade da mesma. Da jurisprudência deste órgão derivam vários requisitos ou limites à aplicação da medida de detenção de imigrantes. NICHOLAS BLAKE e RAZA HUSSEIN resumem os referidos requisitos a duas ordens de exigências: a detenção tem de ser legal e tem de respeitar uma série de exigências procedimentais<sup>3127</sup>.

Desde logo, a detenção deve ser feita de acordo com a lei – no que toca quer ao *procedimento*, quer aos *motivos* que podem fundamentar semelhante decisão<sup>3128</sup>. Não obstante, o simples respeito pela lei interna não é só por si suficiente. Da jurisprudência do TEDH decorrem exigências no que toca à *qualidade* da própria lei. O princípio da segurança jurídica reveste um peso especial neste contexto, implicando que a lei defina de forma clara e suficientemente precisa as condições de privação da liberdade, para evitar riscos de aplicação arbitrária<sup>3129</sup>.

Derivam depois da CEDH limites no que toca aos *fins* da detenção. A CEDH fixa taxativamente os fundamentos que podem justificar a aplicação de uma medida de detenção de imigrantes, que apenas pode ser usada para prevenir a entrada ilegal no território (devendo haver, assim, um nexo causal entre a entrada ilegal e a detenção<sup>3130</sup>), ou para promover uma expulsão ou extradição em curso.

A detenção deve ser aplicada de boa-fé, *i.e.*, tendo em vista os referidos fins<sup>3131</sup>. Não pode, assim, existir má-fé ou manipulação por parte das autoridades que executam a medida. No já citado caso *Conka c. Bélgica*, o TEDH considerou incompatível com o art. 5.º uma medida de detenção aplicada pelas autoridades belgas depois de as mesmas terem convocado imigrantes em situação ilegal sob pretexto de pretenderem melhorar as suas condições, quando na verdade visavam detê-los para depois os sujeitarem a uma medida de expulsão<sup>3132</sup>. Esta atitude de má-fé pode levar a coartar a possibilidade de os estrangeiros se precaverem antecipadamente contra uma medida de detenção, e preparem antecipadamente uma defesa respeitante à sua ilegalidade ou expulsão do território. No mesmo sentido, no caso *Bozano c.*

<sup>3125</sup> Ac. de 25/06/1996, *Amuur c. França*, queixa n.º 19776/92.

<sup>3126</sup> Para uma crítica a este ponto da decisão, v. CATHERINE TEITGEN-COLLY, “L’Éloignement des Étrangers...”, p. 291.

<sup>3127</sup> NICHOLAS BLAKE & RAZA HUSAIN, *Immigration, Asylum...*, p. 115.

<sup>3128</sup> GALINA CORNELISSE, “Detention of Foreigners”..., p. 208, FREDERIC SUDRE, *Droit Européen...*, p. 338. V. dec. de 18/12/1986, *Bozano c. França*, queixa n.º 9990/82 e, mais recentemente, dec. de 23/07/2013, *M.A. c. Chipre*, queixa n.º 41872/10.

<sup>3129</sup> Dec. de 01/10/2007, *Nasrulloev c. Rússia*, queixa n.º 656/06.

<sup>3130</sup> Ac. de 25/06/1996, *Amuur c. França*, queixa n.º 19776/92.

<sup>3131</sup> Ac. de 15/11/1996, *Chahal c. Reino Unido*, queixa n.º 22414/93.

<sup>3132</sup> Ac. de 05/02/2002, *Conka c. Bélgica*, queixa n.º 51564/99.

*França*, o TEDH considerou arbitrária a medida de detenção de um estrangeiro que, em boa verdade, pretendia servir de meio para a execução de uma de uma extradição disfarçada<sup>3133</sup>.

A detenção tem de ter como fim um dos expressamente mencionados na al. f) do art. 5.º. Inicialmente, o TEDH bastava-se com a verificação de um dos fatores aí enumerados para considerar a detenção legítima, não requerendo condições adicionais como, por exemplo, risco de fuga<sup>3134</sup>. Não obstante, em alguns casos mais recentes, o TEDH começou a imiscuir-se no juízo de *necessidade* de detenção, mesmo estando em causa um dos fins expressamente mencionados no art. 5.º. Assim, nos casos *Mikolenko c. Estónia*<sup>3135</sup>, *Popov c. França*<sup>3136</sup> e *Yob-Ekale Mwanje c. Bélgica*<sup>3137</sup>, o TEDH afirmou que a detenção pode não ser legítima se as autoridades tiverem ao seu alcance medidas menos gravosas. Esta nova abordagem é de aplaudir, já que a permanência em liberdade permite aos estrangeiros terem uma posição muito mais ativa nos procedimentos referentes à sua expulsão ou entrada ilegal, e podendo ter um contacto mais próximo com familiares, reunir provas, recorrer ao apoio de ONGs, etc.

Analisemos agora com algum detalhe as detenções justificadas à luz de processos de expulsão em curso. Os órgãos de garantia da Convenção têm interpretado de forma flexível a exigência de um “procedimento de expulsão ou extradição *em curso*”. A ComEDH havia já afirmado que não era necessário que a instauração desse procedimento fosse *prévia* à detenção<sup>3138</sup>. No mesmo sentido, o TEDH considerou que a al. f) do art. 5.º da CEDH apenas exigia que já estivessem em curso providências destinadas à expulsão do estrangeiro<sup>3139</sup>. Assim, a detenção será justificada mesmo que ainda não exista uma ordem formal e eficaz de expulsão. Ora, uma vez que poderá estar em causa um estrangeiro que possua um direito derivado à permanência no território, esta possibilidade deve ser exercida de forma restrita. Assim, a detenção deverá deixar de ser justificada se se demonstrar que ao estrangeiro deve ser reconhecido um direito derivado de imigração. Por outro lado ainda, ela deixará de ser justificada também se os procedimentos tendentes à expulsão do estrangeiro não forem conduzidos com a necessária diligência<sup>3140</sup>. Neste contexto, o TEDH considerou que uma detenção para efeitos de «analisar a possibilidade de expulsão» não oferecia suficiente clareza ou determinabilidade para constituir um «processo de expulsão em curso»<sup>3141</sup>. Ela deixará

<sup>3133</sup> Ac. de 18/12/1986, *Bozano c. França*, queixa n.º 9990/82.

<sup>3134</sup> HÉLÈNE LAMBERT, *The Position of Aliens ...*, p. 20.

<sup>3135</sup> Dec. de 08/10/2009, *Mikolenko c. Estónia*, queixa n.º 10664/05, dec. de 19/01/2012.

<sup>3136</sup> Dec. de 19/01/2012, *Popov c. França*, queixa n.º 39472/07 e 39474/07, em que se discutiu da legitimidade de detenção de estrangeiros com os filhos, de cinco meses e três anos de idade. O TEDH considerou que, embora os recorrentes tenham sido instalados com os pais numa ala reservada às famílias, a sua situação específica não tinha sido tida em conta e as autoridades não procuraram determinar se era possível prever uma solução alternativa à detenção administrativa.

<sup>3137</sup> Dec. de 20/12/2011, *Yob-Ekale Mwanje c. Bélgica*, queixa n.º 10486/10. No caso, o TEDH considerou não se ter demonstrado a necessidade de detenção de uma cidadão camaronesa, em estado avançado de infeção por HIV.

<sup>3138</sup> Dec. de 06/10/1976, *Lynas c. Suíça*, queixa n.º 6871/75.

<sup>3139</sup> Caso *Conka c. Bélgica*, cit. e caso *Saadi c. Reino Unido*, cit. Sobre este ponto, v. ainda HÉLÈNE LAMBERT, *op. cit.*

<sup>3140</sup> Nesse sentido, várias decisões da Comissão, como a dec. de 06/10/1976, *Lynas c. Suíça*, queixa n.º 7317/75, a dec. de 11/03/1989, *Whitehead c. Itália*, queixa n.º 13930/88 e a recente dec. de 21/07/2015, *H.S. e outros c. Chipre*, queixa n.º 41753/10. Sobre este aspeto, v. PAULO MANUEL ABREU DA SILVA COSTA, “A Protecção dos Estrangeiros...”, p. 535.

<sup>3141</sup> Dec. de 19/02/2009, *A. e outros c. Reino Unido*, queixa n.º 3455/05.

também de ser justificada se se demonstrar não ser possível executar a medida de expulsão. O caso *Ali c. Suíça* é, neste ponto, paradigmático<sup>3142</sup>. Analisou-se, aí, o caso de um estrangeiro que se encontrava detido para fins de execução de uma medida de extradição. No entanto, chegou-se à conclusão de que não era possível executar essa medida, pelo facto de o estrangeiro não ter quaisquer documentos que provassem a sua identidade e nacionalidade. Por esse facto, a ComEDH considerou que a manutenção da detenção deixava de poder ser considerada legítima. Também o TEDH tem seguido o entendimento de que a detenção pode ser ilegal se não existir qualquer perspectiva razoável de expulsão e as autoridades não realizarem o processo com a devida diligência<sup>3143</sup>. Neste contexto, os Estados devem fornecer provas dos esforços envidados para assegurar a admissão das pessoas expulsas, por exemplo nos casos em que as autoridades do Estado recetor sejam particularmente morosas na identificação dos cidadãos<sup>3144</sup>. Esta jurisprudência está, aliás, em consonância com o entendimento de que as várias tentativas de expulsão de estrangeiros podem constituir, em si, tratamentos desumanos e degradantes<sup>3145</sup>. Não podendo ser expulso, o estrangeiro deve ser reposto em liberdade.

Por outro lado, a dependência da detenção em relação ao procedimento de expulsão ou de extradição não vai ao ponto de o TEDH considerar que, se a medida de expulsão ou de extradição vierem posteriormente a ser declaradas ilegais, ou revogadas, isso tem influência retroativa sobre a legalidade da detenção<sup>3146</sup>. A solução já será diferente, porém, se as autoridades tinham a consciência desde o início que se encontravam a transgredir a legislação em vigor e, em particular, se a sua decisão inicial se encontrava viciada por desvio de poder. Nesse caso, viciado o procedimento de expulsão/extradição, a detenção será também considerada ilegítima.

Por outro lado, a detenção pode ainda visar impedir a entrada irregular de um estrangeiro no território. No caso *Saadi*, o TEDH debruçou-se pela primeira vez sobre a interpretação da primeira parte da alínea f) do n.º 1 do art. 5.º da CEDH, entendendo que a entrada de um estrangeiro deve ser considerada ilegal se o Estado não tiver autorizado a mesma<sup>3147</sup>. Esta medida de detenção deve também ser aplicada com especial cuidado, uma vez que os estrangeiros em causa, apesar de deterem um estatuto ilegal, podem ser titulares de um direito fundamental de imigração – por exemplo, derivado da proteção da vida privada. Nesse caso, o acompanhamento da medida de detenção revestir-se-á da maior importância.

Nesse sentido, a detenção tem de respeitar uma série de requisitos procedimentais, os quais se afiguram indispensáveis para garantir que a condição de detido, em particular, não impede o estrangeiro de levar ao conhecimento das autoridades uma eventual titularidade de um direito de imigração. Tal como no caso de expulsões coletivas, as detenções em massa para efeitos de expulsão não cumprirão, à partida, tais requisitos<sup>3148</sup>. Depois, de acordo com

<sup>3142</sup> Dec. de 05/08/1998, *Ali c. Suíça*, queixa n.º 24881/94.

<sup>3143</sup> Dec. de 08/10/2009, *Mikolenko c. Estónia*, queixa n.º 10664/05. V., no mesmo sentido, a dec. de 26/07/2011, *M. e outros c. Bulgária*, queixa n.º 41416/08.

<sup>3144</sup> AGÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA PARA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS & CONSELHO DA EUROPA, *Manual de Legislação Europeia...*, p. 165. V., a este propósito, a dec. de 25/01/2005, *Singh c. República Checa*, queixa n.º 60538/00, em que o TEDH censurou os dois anos de inatividade das autoridades checas para levarem a cabo a expulsão, e, em sentido semelhante, a dec. de 27/07/2010, *Louled Massoud c. Malta*, queixa n.º 24340/08.

<sup>3145</sup> V. *supra*, Parte III, Capítulo II, ponto 1.1.5.

<sup>3146</sup> Dec. de 18/12/1986, *Bozano c. França*, cit.

<sup>3147</sup> Dec. de 29/01/2008, *Saadi c. Reino Unido*, cit.

<sup>3148</sup> Dec. de 03/07/2014, *Georgia c. Rússia*, cit.

o n.º2 do art. 5.º da CEDH, as pessoas detidas devem ser informadas das razões da detenção. A informação deve ser atempada, completa e inteligível, feita no mais curto espaço de tempo e deve mencionar as razões de facto e de direito que a fundamentam, de forma a que o estrangeiro possa contestar a legalidade da mesma<sup>3149</sup>. Isso pressupõe que a medida seja tomada numa linguagem simples e acessível e numa língua que o estrangeiro compreenda. Assim, por exemplo, no caso *Zamir c. Reino Unido*<sup>3150</sup>, a ComEDH considerou que devia ser prestado apoio judiciário a um imigrante detido, por este possuir poucos conhecimentos da língua inglesa. No caso *Nowak c. Ucrânia*, o TEDH considerou ter havido violação do art. 5.º, n.º 2 pelo facto de, a um cidadão polaco detido, as autoridades ucranianas apenas terem referido que o mesmo era «um ladrão internacional». A ordem de expulsão foi notificada apenas quatro dias após a detenção, tendo sido redigida em ucraniano, língua que o recorrente desconhecia. Não estavam pois, suficientemente cumpridas as garantias mínimas de defesa do detido<sup>3151</sup>.

O n.º3 do art. 5.º da CEDH consagra dois direitos. Em primeiro lugar, o direito a ser *imediatamente* apresentado a um juiz (entendido como uma autoridade judiciária que ofereça garantias para apreciar o caso de forma independente<sup>3152</sup>). O controlo judicial da medida deve ser automático, *i.e.*, não pode estar dependente de um pedido do interessado<sup>3153</sup>. Em segundo lugar, deve ser decidido num prazo razoável. Caso contrário, o estrangeiro deve ser posto em liberdade durante o processo.

O n.º 4 garante o direito de o detido recorrer da detenção perante um tribunal. O recurso deve ser “eficaz”. Isso implica, desde logo, que se conceda ao detido uma oportunidade efetiva para recorrer. Neste sentido, a ComEDH considerou haver violação do art. 5.º pelo facto de o prazo de recurso ser tão breve que tornava impossível ao imigrante exercê-lo<sup>3154</sup>. Por outro lado, um recurso efetivo implica, como aliás decorreria já das regras gerais, que o tribunal possa controlar não apenas a legalidade “formal”, mas também o bem-fundado da privação da liberdade. Neste contexto, o TEDH já teve também a ocasião de sublinhar que a invocação de motivos como a “segurança nacional” não podia justificar a diminuição das garantias relativas ao controlo jurisdicional de uma medida de detenção de imigrantes<sup>3155</sup>. Por outro lado, o TEDH já afirmou que o detido deve ser admitido a questionar a conformidade da detenção não só com as disposições da lei interna, como também com as normas da CEDH<sup>3156</sup>. Nesta fase o detido pode, pois, alegar os factos que suportam um eventual direito derivado de imigração. No que toca às garantias procedimentais na fase de recurso, o TEDH refere que do n.º4 resulta, em geral, a necessidade de adoção de um procedimento

<sup>3149</sup> Dec. da ComEDH de 05/07/1984, *K c. Bélgica*, queixa n.º 10819/84, dec. do TEDH de 23/07/2013, *M.A. c. Chipre*, queixa n.º 41872/10.

<sup>3150</sup> Dec. de 13/07/1982, *Zamir c. Reino Unido*, queixa n.º 9174/80.

<sup>3151</sup> Dec. de 31/03/2011, *Nowak c. Ucrânia*, queixa n.º 60846/10. No mesmo sentido, na dec. de 29/01/2008, *Saadi c. Reino Unido*, cit., o TEDH considerou que uma demora de 76 horas para comunicar os motivos da detenção era excessiva e violava o art. 5.º, n.º2, da CEDH.

<sup>3152</sup> No caso *Chahal*, o TEDH considerou que o painel competente para controlar a detenção não devia ser considerado um “juiz” para efeitos do art. 5.º, já que não oferecia nenhuma oportunidade de representação legal e a sua decisão não era vinculativa para a administração. Cf. dec. de 15/11/1996, *Chahal c. Reino Unido*, cit.

<sup>3153</sup> FREDERIC SUDRE, *Droit Européen...*, p. 344.

<sup>3154</sup> Dec. de 04/12/1990, *Farmakopoulos c. Bélgica*, queixa n.º 11683/85. No caso, previa-se um prazo de 24h para se fazer o recurso.

<sup>3155</sup> Assim, os casos *Al-Nashif c. Bulgária* e *Chahal c. Reino Unido*, cit. Sobre este ponto, v. NICHOLAS SITAROPOULOS, “The Role and Limits...”, p. 98.

<sup>3156</sup> Dec. de 15/11/1996, *Chahal c. Reino Unido*, cit.

contraditório, a igualdade de armas, bem como o direito de comunicar sem entraves com o defensor<sup>3157</sup>. Por fim, o procedimento judicial deve ser célere<sup>3158</sup>.

Do art. 5.º da CEDH derivam ainda exigências respeitantes à duração da medida de detenção. Os órgãos de garantia da CEDH referem que a duração deve ser razoável, o que varia em função das circunstâncias concretas do caso<sup>3159</sup>. São tidos em conta vários fatores, relacionados com a complexidade do caso e com o comportamento do próprio detido. O facto de estarem a ser tomadas medidas destinadas a resolver a situação do mesmo, ou se, pelo contrário, há inércia das autoridades, é também objeto de consideração<sup>3160</sup>. No caso *Chahal*<sup>3161</sup>, o TEDH considerou que o período de quase quatro anos de detenção de um requerente de asilo não era excessivo devido à importância dos interesses em presença, que envolviam a segurança nacional. No caso *Kolompar c. Bélgica*<sup>3162</sup>, considerou que, apesar de o recorrente ter sido detido por quase três anos, o art. 5.º não havia sido violado, já que o estrangeiro havia contribuído para atrasar o procedimento e consentido tacitamente na sua detenção. Já no caso *Mukhitdinov*, o TEDH considerou que uma detenção que se havia prolongado para lá do prazo admissível na lei interna violava a CEDH<sup>3163</sup>.

Da jurisprudência dos órgãos de garantia da Convenção derivam ainda exigências específicas no que toca às condições de execução da detenção<sup>3164</sup>.

Note-se, por fim, que apesar de a CEDH não proibir, por princípio, a detenção de menores não acompanhados, a decisão no caso *Mubilanžila* veio demonstrar que estes carecem de proteção acrescida<sup>3165</sup>. No caso, o TEDH considerou que, ao ter detido uma menor de cinco anos, durante dois meses, num centro de detenção para adultos, o Estado

---

<sup>3157</sup> Dec. de 21/10/1986 *Sanchez-Reisse c. Suíça*, queixa n.º 9862/82. V. ainda FREDERIC SUDRE, *Droit Européen...*, p. 346.

<sup>3158</sup> Dec. de 21/05/2015, *Mukhitdinov c. Rússia*, queixa n. 20999/14.

<sup>3159</sup> Dec. de 29/01/2008, *Saadi c. Reino Unido*, cit. e dec. de 22/03/1995, *Quinn c. França*, queixa n.º 18580/91.

<sup>3160</sup> NICHOLAS SITAROPOULOS, “The Role and Limits...”, p. 95.

<sup>3161</sup> Dec. de 15/11/1996, *Chahal c. Reino Unido*, cit.

<sup>3162</sup> Dec. de 24/09/1992, *Kolompar c. Bélgica*, queixa n.º 11613/85.

<sup>3163</sup> Dec. de 21/05/2015, *Mukhitdinov c. Rússia*, queixa n. 20999/14. Neste caso, considerou-se que a detenção não havia sido feita de acordo com a lei.

<sup>3164</sup> No caso *Riad e Idiab c. Bélgica* (dec. de 24/01/2008, *Riad e Idiab c. Bélgica*, queixa n.º 29787/03 e 29810/03), o TEDH considerou que uma detenção na zona internacional do aeroporto, sem acompanhamento humanitário, violava o art. 5.º, já que esta zona não constituía um *local adequado* para essa detenção. O mesmo raciocínio foi seguido no caso *Shamsa*<sup>3164</sup>, em que o TEDH reiterou que a zona de trânsito do aeroporto não constituía um local adequado para a detenção, sendo apenas destinado ao acolhimento de pessoas por um período de tempo muito breve (dec. de 27/11/2003, *Shamsa c. Polónia*, queixa n.º 45355/99 45357/99). As condenações por falta de adequação das condições de detenção têm sido algo numerosas. No recente caso *Georgia c. Rússia* (Dec. de 03/07/2014, queixa n.º 13255/07), o TEDH considerou que as condições de detenção em massa de nacionais da Geórgia, em celas confinadas, constituía inclusivamente um tratamento desumano e degradante e, por isso, contrário ao art. 3.º da CEDH. O TEDH tem afirmado ser inaceitável a detenção em condições em que não se tenha em atenção as necessidades essenciais do detido (Dec. de 21/01/2011, *M.S.S. c. Bélgica e Grécia*, queixa n.º 30696/09. Em causa estavam maus-tratos por parte da polícia, falta de condições para dormir, falta de acesso a sanitários e a água). Uma detenção pode constituir um tratamento contrário ao art. 3.º se não respeitar a dignidade do detido, colocar a pessoa em situações de *stress* que ultrapassem os níveis justificados pela simples circunstância da detenção em si, e não tomar em consideração a saúde e bem-estar dos detidos.

<sup>3165</sup> Dec. de 12/10/2006, *Mubilanžila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Bélgica*, cit. V. ainda a dec. de 05/04/2011, *Rahimi c. Grécia*, queixa n.º 8687/08, e a dec. de 19/01/2012, *Popov c. França*, queixa n.º 39472/07. Sobre este ponto, v. BENEDICTE MASSON, “Un Enfant n’est pas un Étranger...”, p. 825 e ss.

belga cometera não só uma detenção ilegal, mas também um tratamento desumano e degradante. O TEDH socorreu-se ainda da CDC, em particular, do art. 37.º, alínea c), para alicerçar o seu juízo<sup>3166</sup>. As detenções de crianças levantam, de facto, particulares dificuldades, em especial no que toca a justificar as mesmas perante o direito à proteção do Estado, que pode exigir, contrariamente à detenção, a possibilidade de a criança ser protegida e acolhida pelo mesmo.

## 1.2. DECISÕES DO COMITÉ DOS DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS

O art. 9.º do PIDCP garante o direito à liberdade e segurança, referindo que ninguém pode ser objeto de prisão ou detenção arbitrárias. O Comité dos Direitos Humanos já várias vezes foi chamado a pronunciar-se sobre a regularidade de detenções de imigrantes à luz dessa norma, confirmando que as várias garantias daí decorrentes são aplicáveis aos estrangeiros em situação irregular<sup>3167</sup>.

De acordo com o conjunto de decisões deste organismo, a detenção tem, primeiro que tudo, de ser conforme à lei e não ser injusta ou imprevisível. Depois, tem de se mostrar *razoável e necessária*, o que remete para a obrigação de respeito pelo princípio da proporcionalidade<sup>3168</sup>. Este princípio manifesta-se na exigência de motivos adicionais que justifiquem a aplicação da medida de detenção. Para que uma medida de detenção de estrangeiro seja legítima, não basta a simples ocorrência de entrada ilegal no território, sendo exigidos fatores adicionais, como o risco de fuga ou falta de cooperação do indivíduo. Sem tais motivos, a detenção é considerada arbitrária<sup>3169</sup>. Os Estados devem, assim, ponderar a possibilidade de aplicação de medidas alternativas à detenção de estrangeiros em situação ilegal, como por exemplo, a imposição de obrigação de apresentação periódica às autoridades ou o depósito de caução<sup>3170</sup>. A obrigação de necessidade da medida foi, pois, afirmada de forma mais perentória por este organismo do que pelos órgãos de garantia da CEDH. Todas estas obrigações exigem ainda, primariamente, uma análise individualizada dos casos<sup>3171</sup>. Estas exigências podem constituir, assim, garantias de o estrangeiro invocar a eventual titularidade de direitos de imigração, e de as autoridades tomarem a mesma em conta, prevendo medidas menos gravosas que a detenção.

Depois, o Comité tem ainda decidido da razoabilidade da duração dos prazos de detenção. No caso *A. c. Austrália*<sup>3172</sup>, o Comité pronunciou-se sobre a detenção, que durou quatro anos, de um estrangeiro que havia entrado irregularmente no território. O Comité afirmou que,

---

<sup>3166</sup> Nos termos dessa norma, «a criança privada de liberdade deve ser tratada com a humanidade e o respeito devidos à dignidade da pessoa humana e de forma consentânea com as necessidades das pessoas da sua idade. Nomeadamente, a criança privada de liberdade deve ser separada dos adultos, a menos que, no superior interesse da criança, tal não pareça aconselhável, e tem o direito de manter contacto com a sua família através de correspondência e visitas, salvo em circunstâncias excepcionais».

<sup>3167</sup> Dec. de 30/04/1997, *A. c. Austrália*, comunicação n.º 560/1993.

<sup>3168</sup> Dec. de 15/08/1990, *Van Alphen c. Países Baixos*, comunicação n.º 305/1998.

<sup>3169</sup> Dec. de 28/10/2002, *C. c. Austrália*, comunicação n.º 900/1999 e dec. de 26/08/2004, *Madafferi c. Austrália*, comunicação n.º 1011/2001.

<sup>3170</sup> Dec. de 29/10/2003, *Bakhtiyari c. Austrália*, comunicação n.º 1069/2002, dec. de 13/11/2002, *MC c. Austrália*, comunicação n.º 900/1999, e dec. de 18/09/2003, *Baban c. Austrália*, comunicação n.º 1014/2001.

<sup>3171</sup> Dec. de 30/04/1997, *A. c. Austrália*, comunicação n.º 560/1993.

<sup>3172</sup> Dec. de 30/04/1997, *A. c. Austrália*, cit.

apesar de o Pacto não prever limites temporais para a detenção de imigrantes, uma detenção deste tipo devia ser reexaminada periodicamente, só podendo manter-se enquanto o Estado pudesse dar uma justificação razoável para a mesma, o que não teria sucedido no caso. Noutro caso, o Comité afirmou também que, se não existirem perspectivas razoáveis de a expulsão ser efetivada, o imigrante detido deve ser reposto em liberdade<sup>3173</sup>.

Por fim, o Comité tem também sublinhado a necessidade de os imigrantes detidos terem a possibilidade de recorrer judicialmente a detenção, o que se configura de grande importância para a efetivação dos direitos em análise<sup>3174</sup>.

O Comité também já emitiu algumas decisões respeitantes às condições de execução da medida de detenção. Em particular, em conformidade com o art. 10.º do PIDCP, todas as pessoas privadas de liberdade devem ser tratadas com humanidade e com respeito pela sua dignidade. Isso implica não só o direito a não ser sujeito a penas e tratamentos considerados cruéis, desumanos ou degradantes, mas ainda que os imigrantes detidos sejam mantidos em condições que tenham em conta o seu estatuto e necessidades<sup>3175</sup> e, de preferência, separados dos prisioneiros criminais<sup>3176</sup>. Mais será necessário que os mesmos possam contactar com os representantes legais, de forma a preparar uma eventual defesa no sentido da proteção de um direito derivado de imigração. Por fim, em caso de detenção de menores, o Comité teve também oportunidade de considerar que, se as condições de detenção forem contrárias ao superior interesse da criança, o Estado incorre em violação do art. 24.º do PIDCP, que estabelece o direito das crianças à proteção do Estado<sup>3177</sup>.

## 2. DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

O art. 6.º da CDFUE estabelece, em geral, que todas as pessoas têm direito à liberdade. No entanto, também no contexto do direito da UE, a detenção de imigrantes é tida como uma possibilidade de restrição legítima a este direito.

A Diretiva “Diretiva Retorno” estabelece várias regras no que toca à detenção dos imigrantes em situação ilegal<sup>3178</sup>. Em primeiro lugar, determina que a medida de detenção deve ser aplicada como medida de *ultima ratio*, apenas quando há risco de fuga ou o indivíduo se encontra a prejudicar o procedimento de retorno. A Diretiva adotou, assim, a regra de que a mera permanência irregular no território não é justificação suficiente para se deter o imigrante (considerando n.º 6), o que é favorável para os casos em que se invoque um eventual direito derivado a entrar ou permanecer no território. A detenção deve, pois, ser sempre sujeita a um teste de proporcionalidade, já que só pode ser aplicada se outras medidas menos coercivas não se mostrarem suficientes. Nesta sequência, afirma-se que o recurso à detenção para efeitos de afastamento deverá ser limitado e sujeito ao princípio da

---

<sup>3173</sup> Dec. de 15/04/2002, *Samba Jalloh c. Holanda*, comunicação n.º 794/1998.

<sup>3174</sup> Dec. de 28/10/2002, *C. c. Austrália*, cit.

<sup>3175</sup> Comentário Geral n.º 15, *The position of aliens under the Covenant*, de 30/09/1986.

<sup>3176</sup> Sobre este ponto, v. BETH LYON, “Detention of Migrants...”, p. 189.

<sup>3177</sup> Dec. de 29/10/2003, *Bakhtiyari c. Austrália*, comunicação n.º 1069/2002.

<sup>3178</sup> Sobre este ponto v., em geral, EMANUELA CANETTA, “The EU Policy on Return...”, p. 445, GALINA CORNELISSE, “Detention of Foreigners...”, p. 223 e MARIE-LAURE BASILIEN-GAINCHE, “Immigration Detention...”, p. 104 e ss.



proporcionalidade no que respeita aos meios utilizados e aos objetivos prosseguidos (considerando n.º 16).

A detenção de menores e de famílias é acompanhada de especiais cuidados, como resulta do artigo 17.º, nos termos do qual os menores não acompanhados e as famílias com menores só podem ser detidos em último recurso e por um prazo adequado, que deve ser o mais curto possível. O interesse superior da criança constitui uma consideração primordial.

A detenção deve ser ordenada por uma autoridade judicial ou administrativa, por escrito, e a ordem deve esclarecer as razões que a justificam. Nos casos em que a detenção é ordenada por uma autoridade administrativa, os Estados devem prever a possibilidade de reapreciação judicial<sup>3179</sup>.

A Diretiva estabelece prazos máximos de detenção, que, nos termos do n.º5 do art. 15.º, não podem ultrapassar os seis meses, prorrogáveis por mais 12 meses nos casos em que se preveja que a operação de afastamento dure mais tempo, por força de falta de cooperação do expulsando ou de atrasos na obtenção da documentação necessária junto de países terceiros. O TJ afirmou já que deve ser assegurado ao estrangeiro o direito de defesa no que toca à decisão de prorrogação da medida de detenção<sup>3180</sup>. Por prever prazos de detenção máximos, também neste ponto, pois, o regime da Diretiva se afigura mais garantístico que a jurisprudência do TEDH.

O TJ já se pronunciou várias vezes sobre a aplicação de medidas de detenção no âmbito de aplicação da Diretiva do Retorno. O caso *Kadzoev*<sup>3181</sup>, de 2009, marcou o início da jurisprudência deste Tribunal sobre a referida Diretiva. O TJ analisou a legitimidade da detenção, aplicada em 2006, a um nacional de país terceiro em situação ilegal na Bulgária. O estrangeiro não possuía nenhum documento e as autoridades búlgaras não encontravam qualquer país que estivesse disposto a recebê-lo. O TJ debruçou-se essencialmente sobre a forma de contagem do prazo máximo de detenção, sublinhando o caráter perentório do limite máximo de 18 meses de detenção. Neste seguimento, afirmou que, após o decurso desse prazo, o detido devia ser libertado<sup>3182</sup>. Ao sublinhar o caráter perentório dos prazos máximos de detenção, o TJ contribuiu para eliminar qualquer discricionariedade dos Estados-Membros no que toca a este ponto, salvaguardando as garantias previstas na Diretiva. Não obstante, o Acórdão deixou em aberto uma questão de relevância não despreciable: na sequência da libertação, por se atingirem os limites máximos de tempo, o nacional de país terceiro em situação ilegal ficaria no território sem qualquer estatuto, e ainda sem documentos de identificação<sup>3183</sup>. Alguns autores referiram que não restaria aos Estados-Membros outra alternativa que não o recurso à regularização do estatuto administrativo do

---

<sup>3179</sup> TERESA FAJARDO DEL CASTILLO sublinha que a exigência de controlo judicial da medida é um limite ao *ius excludendi* estadual, por se encontrar formulada como um «direito exigível». Cf. “La Diretiva de Retorno...”, p. 474.

<sup>3180</sup> Ac. de 10/09/2013, *M.G. e N.R.*, proc. C-383/13.

<sup>3181</sup> Ac. de 30/11/2009, *Kadzoev*, proc. C-357/09.

<sup>3182</sup> No caso, o TJ considerou ser irrelevante o facto de o imigrante não dispor de quaisquer documentos e meios para se sustentar, ter entretanto recorrido judicialmente da medida ou ser considerado agressivo. Mais afastou a possibilidade de se deter o imigrante com justificação em ameaça para a ordem e segurança públicas.

<sup>3183</sup> ELITSA MINCHEVA refere que esta situação é ainda agravada pelo facto de a Diretiva não estabelecer disposições que assegurem a esses imigrantes o acesso a direitos básicos, tornando-os assim vulneráveis a situações de exploração. “Case Report on Kadzoev...”, p. 362.

estrangeiro<sup>3184</sup>. No entanto, no recente caso *Mahdi*<sup>3185</sup>, o TJ afirmou que um Estado-Membro não pode ser obrigado a emitir uma autorização de residência que confira um direito de permanência nos casos em que não existe uma perspectiva razoável de afastamento. O Estado-Membro deve, contudo, emitir ao nacional de um país terceiro uma confirmação escrita da sua situação<sup>3186</sup>.

Posteriormente, merece referência o caso *El Dridi*<sup>3187</sup>. Neste litígio, um nacional de país terceiro foi condenado a uma medida privativa da liberdade por ter violado uma decisão de afastamento do território. O TJ lembrou que, apesar de a Diretiva permitir aos Estados a adoção de medidas, incluindo criminais, destinadas a dissuadir os imigrantes a permanecer ilegalmente no território, deviam abster-se de estabelecer normas que *prejudicassem os objetivos da Diretiva*. Esse seria o caso de uma medida privativa da liberdade aplicável ao crime de desobediência da decisão de afastamento do território, a qual atrasaria a efetivação da decisão de retorno. Assinalou-se, assim, uma clara orientação em desfavor da criminalização e aplicação de pena privativa da liberdade às entradas ilegais no território<sup>3188</sup>. Não obstante, no caso *Achughbabian*, o TJ esclareceu que a Diretiva não obsta a que um Estado-Membro preveja sanções penais para a permanência irregular no território. Apenas se opõe a que a detenção penal não tenha em vista o afastamento. Por outro lado, afirmou que a Diretiva não exclui a possibilidade de os Estados-Membros imporem uma detenção penal após a conclusão do procedimento de regresso, se não se conseguiu efetivar o afastamento<sup>3189</sup>.

Por fim, no caso *Pham*, o TJ afirmou que a Diretiva não permite que um Estado-Membro coloque um nacional de país terceiro em detenção para efeitos de afastamento num estabelecimento prisional juntamente com presos comuns, mesmo que esse nacional dê o seu consentimento<sup>3190</sup>.

Não obstante, nem todas as decisões do TJ têm sido favoráveis à defesa dos direitos humanos dos imigrantes detidos. Desde logo, o TJ referiu que podia ser aplicada a medida de detenção enquanto se decidia acerca da legalidade da estadia, devendo as autoridades decidir num espaço de tempo «breve mas razoável»<sup>3191</sup>. Assim, pode suceder que um imigrante que possua um direito derivado de imigração aguarde a decisão sobre o seu caso sob detenção.

---

<sup>3184</sup> TERESA FAJARDO DEL CASTILLO, “La Directiva de Retorno...”, p. 475.

<sup>3185</sup> Ac. de 05/06/2014, *Mahdi*, proc. n.º C-146/14.

<sup>3186</sup> No caso, não era possível executar-se o afastamento do estrangeiro porque o mesmo não possuía documentos de identidade. Com esta decisão negou-se a possibilidade de reconhecimento de um direito derivado a permanecer no território por força da salvaguarda do direito à liberdade, já que o documento que o Estado emite não reconhece ao estrangeiro um direito a permanecer, demonstrando, pelo contrário, que o estrangeiro *não goza* desse direito.

<sup>3187</sup> Ac. de 28/04/2011, *El Dridi*, proc. n.º C- 61/11. Sobre este caso, v. ROSA RAFFAELLI, “Criminalizing Irregular Immigration...”, p. 467-489.

<sup>3188</sup> ROSA RAFFAELLI, “Criminalizing Irregular Immigration...”, p. 486.

<sup>3189</sup> Ac. de 06/12/2011, *Achughbabian*, proc. n.º C-329/11.

<sup>3190</sup> Ac. de 17/07/2014, *Pham*, proc. n.º C-474/13. V. ainda, o Ac. de 17/07/2014, *Bero e Bouzalmate*, proc. n.º C- 473/13, sobre centros de detenção especializados.

<sup>3191</sup> Ac. de 06/12/2011, *Achughbabian*, proc. n.º C-329/11.

### 3. CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA

A CRP prevê a possibilidade de detenção de imigrantes para efeitos de controlo da imigração. O art. 27.º n.º 3 da Lei Fundamental permite a prisão, detenção ou outra medida coativa sujeita a controlo judicial, de pessoa que tenha penetrado ou permaneça irregularmente no território nacional ou contra a qual esteja em curso processo de extradição ou de expulsão. Os fins previstos coincidem com os da al. f) do art. 5.º da CEDH.

A Constituição garante também vários direitos para os detidos: desde logo, o imprescindível direito de informação imediata e de forma compreensível das razões de detenção (art. 27.º, n.º 4). Esse direito funciona simultaneamente como garantia de prevenção de detenções arbitrárias e como garantia de que o detido pode exercer adequadamente os seus direitos de defesa, em particular quando está em causa um direito derivado de imigração<sup>3192</sup>.

Por fim, deve aplicar-se o art. 28.º, n.º 1 da CRP, que estipula que «a detenção será submetida, no prazo máximo de 48 horas, a apreciação judicial, para restituição à liberdade ou imposição de medida de coacção adequada, devendo o juiz conhecer das causas que a determinaram e comunicá-las ao detido, interrogá-lo e dar-lhe oportunidade de defesa». Como referiu um Ac. da Relação de Lisboa, deste normativo constitucional derivam as seguintes garantias: (1) só um juiz pode validar a detenção; (2) esta só se pode manter se e na medida em que for necessária para satisfazer os interesses do processo de expulsão, (3) o detido tem de ter oportunidade de se defender; (4) a detenção não pode exceder o prazo estabelecido na lei<sup>3193</sup>. Refere ainda ilustrativamente esse aresto que «o legislador visou o controlo dos fluxos migratórios ilegais através de um processo articulado entre a celeridade e eficácia e os princípios humanistas consagrados, designadamente, na Declaração Universal dos Direitos do Homem», pelo que «se não pode postergar o direito do detido a ser ouvido pelo juiz». Nesta sequência, pergunta ilustrativamente um aresto da Relação de Lisboa, sem interrogatório judicial do detido, «para quê exigir a intervenção de um juiz? Para este se limitar a proferir um despacho, meramente formal, tabelar, ou seja, sem sequer ponderar e decidir fundamentadamente sobre as medidas de coacção aplicáveis ao cidadão estrangeiro (detido) em causa?»<sup>3194</sup> De facto, sem o referido interrogatório, o juiz não poderia concluir se a detenção realizada pelo SEF tinha sido válida, nem que medida aplicar em sede de medidas de coacção. Por fim, o detido não teria nenhuma oportunidade de se explicar sobre a sua situação no país a uma entidade independente<sup>3195</sup>. Ora, um dos aspetos que deverá ser tido em conta neste interrogatório é, precisamente, a possibilidade de reconhecimento derivado de direitos de imigração. Se o juiz considerar existir esse direito, a detenção deve terminar, pois deverá ser suspenso o processo de expulsão.

O estrangeiro detido pode ainda beneficiar da garantia constitucional de *habeas corpus*, prevista no art. 31.º da CRP. De acordo com esta garantia, qualquer cidadão pode pedir ao Supremo Tribunal de Justiça a anulação de uma medida de prisão ou detenção ilegal, ainda que tenha sido decretada ou confirmada pela autoridade competente. O STJ teve a oportunidade de se pronunciar sobre vários pedidos de *habeas corpus* de estrangeiros que se

---

<sup>3192</sup> Assim, referindo-se embora apenas aos direitos de defesa do arguido em processo penal, J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, p. 484.

<sup>3193</sup> Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 08/10/2003, proc. n.º 6523/2003-3.

<sup>3194</sup> Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 11/02/2004, proc. n.º 1193/2004-3.

<sup>3195</sup> Cf. o nosso “A Detenção de Imigrantes na Jurisprudência Nacional...”, p. 174 e ss.

encontram detidos, confirmando que esse instituto é plenamente aplicável a essas situações. Nesse sentido, afirmou que «quanto ao âmbito subjectivo de protecção desta garantia específica do direito à liberdade, trata-se de um direito universal, (...) pelo que não há lugar para a reservar para as pessoas de nacionalidade portuguesa, excluindo os estrangeiros»<sup>3196</sup>. No entanto, poucos foram os casos em que o STJ deferiu tais pedidos a estrangeiros detidos. Num caso, o STJ concedeu a providência de *habeas corpus* a uma estrangeira que já tinha sido submetida à medida detentiva de colocação em centro de instalação temporária pelo período máximo previsto na lei, não permitindo uma subsequente aplicação de medida de prisão preventiva<sup>3197</sup>. Ora, também aqui incumbe referir que um dos casos em que uma detenção pode ser ilegal é precisamente o caso de detenção de estrangeiro que beneficia de um direito derivado de imigração.

À semelhança do TEDH, o STJ rejeitou o argumento de que a detenção seria ilegal se ainda não se tivesse instaurado um processo prévio de expulsão. O STJ afirmou que a aplicação dessa medida, enquanto de medida de coação, «não pressupõe a existência prévia de processo de expulsão, pelo contrário, em princípio antecede a instauração daquele processo»<sup>3198</sup>. Num outro aresto, considerou que para interpretação da expressão «no âmbito de processo de expulsão» devia entender-se que «a detenção faz parte já de tal processo, de que pode constituir o primeiro acto, não fazendo sentido pensar que só há processo de expulsão a partir da comunicação a que se refere o n.º 2 do art. 146.º»<sup>3199</sup>. No entanto, em vários casos o STJ analisou se a medida de colocação em centro de instalação temporária era *necessária* para garantir a eficácia das exigências cautelares, tendo em conta os princípios da proporcionalidade e adequação<sup>3200</sup>. Assim, a jurisprudência do STJ vai ao encontro das decisões do Comité dos Direitos Humanos das Nações Unidas, no sentido de que não basta a entrada irregular no território para se aplicar a medida de detenção, sendo ainda necessários fatores adicionais que a justifiquem<sup>3201</sup>.

Num outro caso, o detido invocava que a possibilidade de recurso da decisão de expulsão para os tribunais não satisfazia o princípio da tutela judicial efetiva, devido ao efeito devolutivo do mesmo, pelo que a detenção feita no decurso do procedimento de expulsão era ilegal. O STJ referiu que a detenção em si resultava de uma decisão judicial, e que a questão de a decisão do processo de expulsão respeitar ou não as exigências constitucionais de tutela jurisdicional nada influenciava a legalidade ou ilegalidade da detenção<sup>3202</sup>.

#### 4. LEI DE IMIGRAÇÃO

Nos termos da atual lei de imigração, o cidadão estrangeiro encontrado em situação irregular no território é detido por autoridade policial e apresentado, no máximo de quarenta e oito horas após a detenção, às autoridades judiciais para validação da detenção e aplicação de medidas de coação, se tal se justificar (art. 146.º). Nos termos da mesma norma, caso o

---

<sup>3196</sup> Ac. de 03/12/2009, proc. n.º 76/09.5ZRLRA-A.S1, Ac. de 13/03/2008, proc. n.º 08P926.

<sup>3197</sup> Ac. de 19/07/2007, proc. n.º 07P2836.

<sup>3198</sup> Ac. de 12/03/2008, proc. n.º 08P927.

<sup>3199</sup> Ac. de 13/03/2008, proc. n.º 08P926.

<sup>3200</sup> Ac. de 03/12/2009, cit.

<sup>3201</sup> Assim, já o nosso “A Detenção de Imigrantes na Jurisprudência Nacional...”, p. 176.

<sup>3202</sup> Ac. de 03/12/2009, proc. n.º 76/09.5ZRLRA-A.S1. Para mais desenvolvimentos sobre esta jurisprudência, v. o nosso “A Detenção de Imigrantes na Jurisprudência Nacional...”, p. 174 e ss.

juiz decida aplicar medida de detenção, a mesma «não pode prolongar-se por mais tempo do que o necessário para permitir a execução da decisão de afastamento coercivo, sem que possa exceder 60 dias».

O art. 146.º-A, por seu turno, prevê várias garantias de que o estrangeiro detido deve beneficiar. Em particular, o mesmo tem o direito de contactar com os seus familiares, autoridades consulares e representantes legais, bem como o direito a comunicar com o advogado ou defensor em privado, o que se afigura imprescindível para preparar uma defesa respeitante ao reconhecimento de um eventual direito derivado de imigração.

Por seu turno, a medida de detenção pode ainda ser aplicada sempre que não for possível efetuar o reembarque do estrangeiro não admitido em território nacional nas quarenta e oito horas subsequentes à decisão de recusa de entrada. Nesses casos, é dado conhecimento à autoridade judicial competente, de modo a que seja determinada a manutenção do cidadão em centro de instalação temporária ou espaço equiparado. Durante a permanência nesse espaço, o estrangeiro a quem tenha sido recusada a entrada pode comunicar com a representação diplomática ou consular do seu país ou com qualquer pessoa da sua escolha, beneficiando de assistência de intérprete, bem como, a expensas do próprio, ao acesso à assistência jurídica por advogado (art. 38.º, n.º 4 e 40.º). Ou seja, o direito a ser ouvido deve ser garantido o que, mais uma vez, se afigura imprescindível para efetivar eventuais direitos derivados de imigração.

## 5. SÍNTESE CONCLUSIVA

As garantias acabadas de estudar afiguram-se essenciais para a possibilidade de efetivação dos direitos de imigração. No entanto, como se teve oportunidade de analisar, algumas das garantias necessárias ainda não se encontram delineadas de forma suficientemente abrangente.

Desde logo, nem todos os instrumentos analisados preveem, de forma geral, a garantia de *procedimento justo* no que toca às decisões emanadas em matéria de imigração. Em primeiro lugar, os direitos procedimentais mencionados dizem principalmente respeito ao exercício dos poderes de expulsão. São parcas as garantias atualmente em vigor referentes aos casos de *entrada* de estrangeiros no território. Por outro lado, mesmo no que toca ao exercício dos poderes de expulsão, a maior parte dos instrumentos limita-se a prever garantias para os casos de expulsão de imigrantes em situação regular.

Ora, neste ponto consideramos que apesar de não se encontrarem expressamente mencionadas para os casos de recusa de entrada no território, de concessão de estatuto legal ou de expulsão de imigrantes em situação ilegal, as garantias de procedimento justo previstas em geral pelos instrumentos de proteção dos direitos das pessoas devem ser aplicadas nesse contexto. De facto, basta a afirmação do princípio da universalidade, da não discriminação e da igualdade, e que o estrangeiro esteja abrangido pela jurisdição do Estado em causa, para que este lhe tenha de reconhecer esses direitos – mesmo em processo migratório, e mesmo que as normas em causa não o refram expressamente. Essa é, de resto, a única posição defensável face ao que foi exposto na Parte II.

Neste contexto, a mais recente evolução da jurisprudência do TEDH caminha no sentido da garantia de um procedimento justo em todos os casos referentes a matéria de imigração, quer através da extensão de aplicação do âmbito do art. 13.º à garantia do acesso à via administrativa, quer do desenvolvimento de garantias procedimentais a partir proteção efetiva dos próprios direitos substantivos previstos na CEDH. Por seu turno, o direito a um procedimento justo é também protegido enquanto princípio geral pelo direito

da UE, sendo, por isso, aplicável mesmo nos casos em que os procedimentos específicos não prevejam expressamente as garantias decorrentes do mesmo. A CRP prevê, por seu turno, inúmeras garantias referentes ao procedimento administrativo, que se devem aplicar em qualquer procedimento em matéria de imigração.

Deste modo, julgamos que deverá ser sempre garantido ao estrangeiro o direito a um procedimento justo. Esse procedimento deverá assegurar as várias garantias que podemos recolher das várias fontes de direito analisadas e que incluem o direito à informação, o direito à audiência prévia e o direito à notificação da decisão e à fundamentação expressa da mesma. Para se poderem efetivar, todos estes direitos reclamam, por seu turno, outras exigências, como o direito a que os mesmos se realizem numa língua que o estrangeiro entenda, e o acesso a patrocínio judiciário.

Ainda que não se previssem expressamente as referidas garantias, as mesmas derivariam dos próprios direitos de imigração, por constituírem um meio necessário para os mesmos se efetivarem. Assim, consideramos que, do reconhecimento da proteção constitucional de um direito derivado de imigração decorre a inconstitucionalidade de uma norma que determine a recusa automática de um pedido de entrada, ou de aquisição de estatuto legal, ou de uma ordem de expulsão automática, que não preveja a possibilidade de o Estado-decisor ponderar os vários direitos fundamentais-fim de que o estrangeiro pode beneficiar.

No que toca ao direito ao recurso, derivam já várias garantias das fontes de direito estudadas. Em geral, o estrangeiro tem direito a um recurso efetivo das decisões em matéria de imigração que lhe sejam desfavoráveis – independentemente do seu estatuto legal ou do conteúdo das referidas decisões. Essa garantia exige, desde logo, que o estrangeiro tenha conhecimento do próprio direito a recorrer, o que implica a informação, numa língua que o mesmo entenda, dessa possibilidade<sup>3203</sup>. Depois, o recurso deve ser decidido por uma autoridade independente, que assegure garantias de imparcialidade, se possa pronunciar sobre o mérito da medida, e garanta a todo o momento os princípios do contraditório e de igualdade de armas. A jurisprudência do TEDH tem desenvolvido o que pode corresponder, neste contexto, ao âmbito de proteção mais elevado, por exigir que o recurso tenha de proceder a uma reanálise do mérito da decisão e ofereça a possibilidade de suspensão de uma medida quando a mesma acarrete lesão irreversível para os direitos do estrangeiro. Isso ocorrerá, nomeadamente, nos casos em que ao mesmo deve ser reconhecido um direito a permanecer no território por força do art. 2.º ou do art. 3.º da CEDH. A leitura da Constituição Portuguesa à luz destes desenvolvimentos exige, também, necessidade de previsão de medidas que acautelem o efeito útil da decisão e que impeçam uma lesão grave ou dificilmente reparável do direito em causa, o que pode exigir a suspensão das decisões de expulsão em certos casos. No entanto, tal exigência não equivale à imposição de atribuição de efeito suspensivo automático a todos os recursos relativos a decisões de expulsão. É suficiente, no nosso entender, que a ordem jurídica preveja meios que possibilitem ao recorrente pedir a suspensão da medida potencialmente lesiva.

Por fim, vimos que, apesar de as várias fontes de direito consideradas preverem a possibilidade de detenção do migrante, tal medida tem de ser aplicada no respeito de vários limites. Com efeito, a detenção implica ainda que o estrangeiro tenha menores possibilidades de defesa, por ter um acesso menos livre à justiça, à consulta de documentos ou à escolha de representante legal, pelo que se afiguram importantes as garantias analisadas<sup>3204</sup>. Assim, o nível de proteção mais elevado de proteção dos direitos humanos determina que ela só possa

---

<sup>3203</sup> AGENCIA DA UNIÃO EUROPEIA PARA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS & CONSELHO DA EUROPA, *Manual de Legislação Europeia...*, p. 106.

<sup>3204</sup> Assim, BETH LYON, “Detention of Migrants...”, p. 179.

ser aplicada se não for possível aplicar-se uma medida menos gravosa e apenas depois de uma análise individualizada da situação. Depois, durante a detenção, os imigrantes beneficiam de uma série de garantias - como sejam a legalidade da detenção (definição de forma clara e suficientemente precisa das condições de privação da liberdade), boa-fé das autoridades na aplicação da medida, informação atempada, completa e inteligível, e feita no mais curto espaço de tempo, numa linguagem simples e acessível e numa língua que o estrangeiro compreenda, controlo judiciário e contraditório da medida, possibilidade de recurso eficaz e célere da medida, duração razoável (prevendo o Direito da UE e a legislação interna prazos máximos), e condições de detenção adequadas e que permitam o contacto com a família e representantes legais. Estas garantias devem contribuir para que a situação de detido não configure um entrave à possibilidade de defesa contra uma medida de recusa de entrada ou de expulsão, e de efectivação de um eventual direito derivado de imigração.





## CONCLUSÕES

1. Se nos perguntássemos se é reconhecido um direito geral à imigração, a resposta seria negativa. De facto, os instrumentos de direito internacional dos direitos humanos, de direito da União Europeia e as constituições nacionais continuam a não consagrar um direito geral à imigração, entendido como uma liberdade de movimentos transnacional. Por outro lado, os desafios contemporâneos na matéria, como a luta contra a imigração ilegal, as ameaças à ordem e segurança públicas, ou a crise económica, têm justificado um reforço da afirmação do *ius includendi et excludendi*, seja ele exercido conjuntamente no seio da UE, seja por cada Estado nos domínios em que estes ainda mantêm competência.

Não obstante, procurámos demonstrar que, do atual direito positivo, deriva já a necessidade de reconhecimento de direitos fundamentais de imigração em determinados casos, quando os mesmos se afiguram como meios para efetivar outros direitos fundamentais, que o estrangeiro beneficia diretamente. Para aí chegar, levámos a cabo um percurso analítico, ao longo do qual fomos retirando algumas conclusões, que importa agora recordar.

2. A Parte I foi dedicada à análise da doutrina tradicional, assente na negação de um direito geral a imigrar e na afirmação de que os Estados detêm uma prerrogativa soberana no que toca a aceitar a entrada de estrangeiros no território e a expulsar os mesmos (*ius includendi et excludendi*). Da referida Parte podemos retirar as seguintes conclusões:

I. A doutrina tradicional, generalizada na prática através do controlo estadual da imigração, foi fruto de uma evolução ao longo da história, para a qual contribuíram as construções de vários autores e que recebeu a sua expressão máxima na jurisprudência da *Supreme Court* dos EUA.

II. Os desafios contemporâneos em matéria de imigração, como sejam o combate à imigração ilegal, a luta contra o terrorismo, a crise económica e a escassez de trabalho têm vindo a contribuir para o reforço dos poderes do Estado em matéria de controlo da imigração.

III. A construção de uma política europeia comum de imigração implicou que alguns dos poderes soberanos dos Estados na matéria passassem a ser exercidos e definidos em conjunto, mas os mesmos não foram totalmente abolidos.

IV. Os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos dão, de certa forma, acolhimento à doutrina tradicional, já que são omissos quanto ao reconhecimento de um direito a imigrar.

V. Alguns dos instrumentos de direito da UE consagram direitos subjetivos à entrada, permanência ou circulação nos territórios dos Estados Membros, para os estrangeiros que cumpram as condições exigidas nos mesmos. No entanto, o legislador da União é livre para alterar ou mesmo eliminar os referidos direitos, desde que verificados os limites resultantes dos Tratados e da CDFUE, a qual também não prevê um direito à imigração para nacionais de países terceiros.

VI. Também a CRP não consagra qualquer direito de entrada e permanência de estrangeiros no território português, os quais correspondem a direitos fundamentais apenas da titularidade dos cidadãos nacionais.

VII. Apesar de alguma doutrina contemporânea defender a abolição de controlos fronteiriços e o reconhecimento de um direito a imigrar, essa não representa a doutrina maioritária, que parte ainda do reconhecimento do *ius includendi et excludendi*, assente em fundamentos como o impacto da imigração nos elementos do Estado, no conceito de cidadania nacional ou ainda nos diversos fins que ao Estado incumbe prosseguir ou defender.

VIII. Do direito positivo decorrem já vários limites ao exercício do *ius includendi et excludendi*, resultantes do reconhecimento do estrangeiro enquanto sujeito de direitos, por parte de todas as fontes de direito estudadas.

3. Na Parte II da dissertação desenvolvemos a ideia de que as fontes de direito pertinentes reconhecem o estrangeiro enquanto sujeito de direitos em Estados que não o da sua nacionalidade. Dessa Parte podemos retirar as seguintes conclusões:

I. Os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos assentam no princípio da universalidade. Assim, exceto quando expressamente referido, todos os direitos que os mesmos garantem aplicam-se a todas as pessoas, independentemente da nacionalidade ou do estatuto legal.

II. O princípio da universalidade está ainda longe de se efetivar na prática no que toca aos imigrantes em situação irregular, que continuam a não usufruir de vários direitos humanos, seja porque os Estados “restringem” o gozo dos mesmos aos imigrantes em situação regular, seja porque os imigrantes não os efetivam, com receio de denunciar a sua situação de irregularidade.

III. Os Estados devem reconhecer a qualquer pessoa que releve da sua jurisdição os direitos humanos a que se vincularam internacionalmente, independentemente de os respetivos órgãos se encontrarem a atuar dentro território estadual. Assim, os referidos direitos devem ser respeitados pelas autoridades estaduais de polícia de fronteiras que atuem fora do território.

IV. Pode considerar-se que discriminação entre nacionais e estrangeiros é hoje proibida pelos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. No entanto, isso não significa que os Estados estejam impedidos de estabelecer diferenças de tratamento entre nacionais e estrangeiros, as quais devem, porém, possuir uma justificação objetiva e razoável, prosseguir uma finalidade legítima e respeitar o princípio da proporcionalidade. O mesmo se diga, de resto, no que toca às distinções entre categorias de estrangeiros, seja em função de determinada nacionalidade concreta, seja em função do tipo de título legal ou da legalidade de permanência no território.

V. À exceção dos expressamente reservados para os cidadãos da UE, também os direitos fundamentais reconhecidos pelo direito da União Europeia se alicerçam no princípio da universalidade. Para além do mais, face ao alargamento paulatino do âmbito dos Tratados, no sentido de abranger os nacionais de países terceiros, deve considerar-se que o princípio da proibição da discriminação em razão da nacionalidade, consagrado por esse direito, deverá abranger também os nacionais de países terceiros.

VI. Na Constituição Portuguesa, vários princípios, atuando em complementaridade mútua, garantem o reconhecimento de direitos fundamentais a estrangeiros. São eles: o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da universalidade, o princípio da igualdade e o princípio da equiparação.

VII. O âmbito objetivo de aplicação do princípio da equiparação abrange, à partida, todos os direitos e deveres gozados pelos cidadãos nacionais.

VIII. No que toca ao âmbito de aplicação territorial do princípio da equiparação, a Constituição enuncia os critérios da presença ou da residência no território, aos quais o TC acrescentou o critério do “mínimo de conexão” entre o estrangeiro e o país. Este último parece-nos casuísta e impreciso, devendo ser, no nosso ponto de vista, substituído pelo critério da jurisdição, entendido como abrangendo decisões vinculativas das autoridades portuguesas, ainda que sejam tomadas em relação a quem se encontre fora do território estadual.

IX. O princípio da equiparação funciona como uma cláusula geral, pelo que, salvo exceções expressas, todos os direitos são reconhecidos *a priori* a estrangeiros que se encontrem ou residam em Portugal, independentemente de considerações particulares respeitantes à legalidade do estatuto. Qualquer reserva de direitos apenas a cidadãos ou a estrangeiros com determinado estatuto administrativo deve ser entendida como uma restrição legislativa ao princípio da equiparação.

X. As reservas legislativas ao princípio da equiparação devem deixar intocável o núcleo irreduzível deste princípio, composto por aqueles direitos insuscetíveis de suspensão. Não podem, por outro lado, ser de tal ordem que desvirtuem o próprio sentido do mesmo. Devem, por fim, respeitar o princípio da proporcionalidade nas suas várias dimensões, bem como o da igualdade, sendo necessário existir um fundamento razoável de distinção que permita justificar a reserva de determinados direitos apenas a cidadãos ou a estrangeiros que possuam determinado estatuto.

XI. Consideramos que as cláusulas gerais de reciprocidade, que implicam o não reconhecimento de direitos aos nacionais de países que não garantam os mesmos direitos aos cidadãos portugueses, são desconformes à Constituição. Tais cláusulas não respeitam os limites que as restrições ao princípio da equiparação devem obedecer, e não se fundam em motivos que possam ser tidos como razoáveis.

XII. Os Estados estão vinculados ao respeito de todos os direitos humanos de que o estrangeiro beneficia, mesmo que esteja em causa a entrada ou permanência no território de acolhimento, *i.e.*, no que toca às decisões em matéria de imigração.

XIII. O reconhecimento da necessidade de proteção dos direitos humanos do estrangeiro em processo de imigração implica que um Estado, ao decidir da entrada ou da expulsão de um estrangeiro do seu território, tenha de analisar sempre os possíveis efeitos que dessa decisão possam advir para os direitos do estrangeiro.

XIV. A necessidade de proteção dos direitos humanos dos estrangeiros pode exigir, em algumas circunstâncias, que os Estados fiquem vinculados a permitir a entrada, a abster-se de expulsar ou a conceder um determinado estatuto legal ao estrangeiro, daí decorrendo o reconhecimento de *verdadeiros direitos de imigração*, como meios necessários para garantir a realização eficaz dos direitos humanos dos estrangeiros.

4. Na Parte III estudámos os vários casos referentes à proteção derivada de direitos de imigração, e esboçámos as bases para uma teoria geral dos mesmos. Correspondendo esta ao núcleo central da presente tese, importa relembrar as várias ideias chave dessa Parte.

I – Através do mecanismo da proteção derivada, desenvolvido sobretudo pelos órgãos de garantia da CEDH, o Estado fica adstrito a reconhecer um direito não previsto expressamente no texto convencional (*direito-meio*) – que será o direito de imigração –, de forma a poder respeitar de forma efetiva um direito expressamente garantido (*direito-fim*) – que corresponderá ao direito que se pretende efetivar no território.

II – São vários os princípios interpretativos que estão na origem do referido mecanismo, como o da primazia dada ao *elemento teleológico* na interpretação dos direitos, o da *eficácia da proteção dos direitos* e o da *interpretação atualista*.

III – No entanto, com estes têm concorrido outros princípios, como o da afirmação do *ius includendi et excludendi*, a teoria da margem de apreciação e a teoria da “interpretação consensual” que têm contrabalançado o efeito expansivo dos primeiros. A proteção derivada de direitos de imigração surge da conjugação entre dois grupos de princípios: um grupo “acelerador” em direção ao reconhecimento desses direitos, e um grupo “travão”, em direção

à proteção das soberanias estaduais. Em resultado, a proteção derivada de direitos de imigração só ocorre em certos casos e verificadas circunstâncias específicas.

IV - Reconhecendo muito embora o *ius includendi et excludendi* dos Estados, as várias fontes de direito pertinentes têm permitido a afirmação da proteção derivada de direitos de imigração em três casos: nos casos em que o mesmo surge como necessário para efetivar a proibição de tortura, de tratamentos desumanos e degradantes, no caso de proteção da unidade familiar, e no caso de proteção da vida privada do estrangeiro. Existem já outras manifestações desta proteção derivada, se bem que ainda esparsas.

V. Da proibição de tortura ou de tratamentos desumanos ou degradantes pode retirar-se um direito derivado de permanência no território, quando resulte que, em caso de expulsão do estrangeiro, o mesmo será sujeito a esses tratamentos no país de destino.

VI. De acordo com a jurisprudência do TEDH, um estrangeiro não poderá ser expulso do território por força da proibição de tortura, de tratamentos desumanos e degradantes, ínsita no art. 3.º da CEDH, em variados casos: tratos provenientes de entidades públicas ou privadas, sujeição a determinadas penas ou condições de detenção, situações de grave desrespeito pelos direitos humanos no país de destino, agravamento significativo da saúde em casos de doença terminal, impedimento de viajar devido às condições físicas, sujeição do estrangeiro a expulsões sucessivas nos casos em que não exista país disposto a recebê-lo, entre outros.

VII. A proteção do direito de permanência no território, derivado da proibição de sujeição aos mencionados tratos, tem natureza absoluta, não podendo os Estados invocar interesses públicos concorrentes para justificar a aplicação de uma medida de expulsão.

VIII. As decisões de outros organismos, como o Comité dos Direitos Humanos das NU ou o Comité contra a Tortura, têm seguido a jurisprudência do TEDH na afirmação desta via de proteção derivada de direitos de imigração.

IX. Também do direito da UE decorre o reconhecimento de um direito derivado a permanecer no território através da proibição de tortura, tratamentos desumanos e degradantes. Essa proteção é concedida nos artigos 4.º e 19.º, n.º2 da CDFUE e em alguns instrumentos destinados a desenvolver as competências da UE em matéria de política comum de imigração.

X. A CRP não contém normas que proíbam expressamente a expulsão de estrangeiros em caso de risco de sujeição a tortura ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. No entanto tal proibição deriva de uma analogia com o art. 33.º, que consagra algumas «proibições de extraditar», em função da pena aplicável no Estado requisitante, bem como de uma proteção derivada do art. 25.º, n.º2, que determina que ninguém pode ser submetido a tortura, nem tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos, lidos à luz dos instrumentos internacionais e europeus de proteção dos direitos humanos e conjugados com os princípios da universalidade, da não discriminação e da equiparação.

XI. A proteção do direito a não ser sujeito aos tratamentos aludidos apenas leva imperfeitamente a um reconhecimento de um direito derivado de imigração. E assim é porque essa proibição é compatível com a possibilidade de expulsão do estrangeiro para um país onde o mesmo não sofra os tratos proibidos.

XII. A proteção da unidade familiar do estrangeiro tem constituído também um dos exemplos mais desenvolvidos de proteção derivada de direitos de imigração, podendo levar à obrigação de o Estado de acolhimento permitir a entrada de estrangeiros no seu território, de forma a poderem reunir-se aos familiares aí residentes (reagrupamento familiar), bem como a assegurar que a família permaneça unida, o que pode implicar não só proibições de expulsão, como ainda obrigações respeitantes ao estatuto legal dos familiares.

XIII. De acordo com a jurisprudência do TEDH, poderá ser reconhecido um desses direitos ao estrangeiro se o mesmo demonstrar possuir família no território, e que a medida de controlo da imigração constitui uma ingerência ilegítima nessa vida familiar, por não se encontrar prevista na lei, não visar um fim legítimo nem for necessária numa sociedade democrática.

XIV. A jurisprudência do TEDH na matéria padece, porém, de várias fragilidades, como o casuísmo e alguma imprevisibilidade, a limitação dos casos de reconhecimento de direitos de imigração a situações de *ultima ratio*, a utilização de critérios de ponderação nem sempre adequados, a desconsideração da situação dos interesses dos membros da família quando os mesmos não sejam parte no litígio, a proteção exclusiva da vida familiar pré-existente, a incompletude da análise do princípio da proporcionalidade, e a distinção de tratamento entre obrigações estaduais negativas e positivas.

XV. Outros instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos têm também contribuído para a afirmação de direitos derivados de imigração por força da proteção do direito à unidade familiar e, em particular, da afirmação da importância do instituto do reagrupamento familiar. Assim, *inter alia*, os art. 17.º e 23.º do PIDCP, o art. 9.º e 10.º da CDC, o art. 44.º da Convenção das Nações Unidas para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros das suas Famílias, algumas convenções da OIT, o art. 19.º, n.º 6 da Carta Social Europeia, e o art. 12.º da Convenção Europeia de 1977 relativa ao Estatuto Jurídico do Trabalhador Migrante.

XVI. O direito da UE também oferece bases para a proteção da unidade familiar dos estrangeiros, já que o princípio da unidade familiar tem sido desde cedo afirmado pela jurisprudência do TJ, e é protegido pelos artigos 7.º e 24.º da CDFUE e por alguns instrumentos de direito derivado. Destes, destaca-se a Diretiva 2003/86/CE, que reconhece um verdadeiro *direito ao reagrupamento familiar*, o qual tem sido desenvolvido pela jurisprudência do TJ no sentido de diminuir a margem de apreciação dos Estados na matéria.

XVII. O Tribunal Constitucional já declarou a inconstitucionalidade de normas que permitiam a expulsão de estrangeiros, pais de menores de nacionalidade portuguesa residentes em Portugal, a quem assegurem o sustento e educação, por violação conjugada dos arts. 36.º, n.º 6 e 33.º, n.º 1 da CRP. Uma leitura das normas constitucionais à luz dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, em conjugação, *inter alia*, com o princípio da equiparação, exige ainda a proteção da unidade familiar também nos casos de recusa de entrada e nos casos de expulsão em que os membros da família dos visados são também estrangeiros.

XVIII. O nível de proteção mais elevado do direito ao reagrupamento familiar resulta da conjugação de vários desenvolvimentos normativos: da consagração de um direito subjetivo ao reagrupamento familiar, por parte do direito da UE, da salvaguarda do interesse superior do menor, por parte da CDC, e da necessidade de respeito pelo princípio da proporcionalidade, desenvolvido pelo TJ e pelo TEDH.

XIX. No que toca ao direito a não ser expulso, o nível mais elevado de proteção corresponde à jurisprudência do TEDH, que tem afirmado que qualquer decisão de afastamento de estrangeiros tem de ser necessária numa sociedade democrática, independentemente do estatuto destes, do estatuto dos familiares e dos motivos que justificam a aplicação das medidas. A esta jurisprudência deve aliar-se ainda a tomada em consideração do superior interesse da criança, tal como exige a CDC.

XX. O direito à vida privada, que abrange os laços sociais existentes entre os estrangeiros estabelecidos e a comunidade em que vivem, pode também ser fonte de proteção derivada de direitos de imigração. A jurisprudência do TEDH sofreu uma evolução, reconhecendo atualmente um direito à proteção da vida privada dos estrangeiros, mas afastando a ideia de

proibição absoluta de expulsão dos estrangeiros “integrados”, bem como a de dupla punição nos casos de aplicação de pena acessória de expulsão. Por outro lado, os fatores de decisão usados neste contexto deveriam ser repensados.

XXI. Outros instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos têm também contribuído para a afirmação de direitos de imigração derivados da proteção da vida privada. O Comité dos Direitos Humanos das N.U. tem desenvolvido tal proteção no que toca especificamente ao alargamento da interpretação do art. 12.º do PIDCP, que estipula o direito a entrar “no seu próprio país”, de forma a abranger os indivíduos que, por possuírem laços especialmente fortes com um certo Estado, não podem neles ser considerados como meros “estrangeiros ordinários”.

XXII. O direito da UE prevê vários instrumentos, no âmbito da política comum de imigração, que se destinam, precisamente, a proteger o direito à vida privada dos titulares, como a Diretiva relativa ao estatuto de residentes de longa duração e a atribuição de títulos de residência autónomos aos familiares beneficiários de reagrupamento familiar.

XXIII. A proteção de direitos de imigração derivados da proteção da vida privada pode ainda receber acolhimento em várias normas constitucionais, lidas à luz dos instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos. Assim, pode derivar de um direito ao desenvolvimento da personalidade, protegido no art. 26.º, da proteção das expectativas legítimas, derivado da proteção constitucional do princípio de Estado de Direito, insito no art. 2.º, bem como de uma aplicação analógica da proibição de expulsão de cidadãos nacionais, prevista no art. 33.º, n.º 1.

XXIV. O campo por excelência da proteção do direito à vida privada dos estrangeiros é o do reconhecimento de direitos à permanência no território, bem como à obtenção de estatuto legal. Tal direito não garantirá, à partida, um direito a entrar pela primeira vez num determinado território, embora garanta o direito de reentrada. Para além do mais, ele reclama a possibilidade de os estrangeiros adquirirem um direito de residência dotado de particular estabilidade, ao fim de um certo período de tempo.

XXV. Encontram-se em surgimento outras manifestações mais esparsas da proteção de direitos de imigração, derivadas de outros direitos humanos. Assim, a proteção do direito à vida, do direito da criança à proteção do Estado e de outros direitos de proteção estadual, como o de proteção do trabalhador ou das vítimas de certos crimes.

XXVI. Outros direitos humanos, apesar de constituírem limites ao *ius includendi et excludendi*, não oferecem justificação suficiente para a afirmação de semelhantes direitos derivados porque não necessitam, para se efetivarem, de residência no território – é o caso, por exemplo, do direito a participar em processos judiciais em curso ou a exercer pontualmente o direito à liberdade de expressão.

XXVII. Nos casos do direito à educação, do direito a trabalhar, do direito à liberdade de expressão, do direito à liberdade religiosa ou do direito à propriedade privada, não basta o estrangeiro invocar pretender exercê-los no território para que lhe seja reconhecido, como decorrência, um direito derivado de imigração. Só se poderá falar em direitos derivados nesses casos quando o Estado se encontrar a violar os mesmos, através de um exercício abusivo do *ius includendi et excludendi*.

XXVIII. A proteção derivada de direitos de imigração está sujeita à verificação de várias condições. Em primeiro lugar, é necessário demonstrar que o estrangeiro é titular de um determinado direito humano. Em segundo lugar, há que demonstrar que esse direito (*direito-fim*) só poderá ser eficazmente protegido se lhe for reconhecido um direito de entrar ou permanecer no território estadual, ou à titularidade de um estatuto legal (*direito-meio*).

XXIX. Alguns *direitos-fim* são protegidos de forma absoluta, pelo que o exercício dos *direitos-meio* de imigração não poderá ser restringido. Já nos casos em que o direito de

imigração visa salvaguardar um direito relativo, o exercício do mesmo pode ser restringido, se isso for necessário para salvaguardar outros direitos ou bens públicos conflitantes. Deverão, então, ser respeitados todos os princípios atinentes aos limites das restrições.

XXX. Os direitos de imigração assim protegidos caracterizam-se por serem, por um lado, *direitos derivados*, já que são um meio ao serviço da realização ou efetivação de um outro direito, (estando dependentes do destino deste), e, por outro lado, direitos subjetivos, pelo que são oponíveis e exigíveis ao Estado.

XXXI. Nos vários casos analisados, não se pode afirmar que seja protegido derivadamente um direito *à imigração* na sua plenitude, mas sim, mais propriamente, direitos *de imigração*, *i.e.*, determinadas vertentes da imigração – a entrada, a reentrada, a permanência, a obtenção de estatuto legal. Daí que se possa falar apenas, em princípio, de *direitos derivados de imigração*, entendidos como elementos de um direito *à imigração* pleno, o qual ainda não é reconhecido. Como correspondente dos mesmos, o Estado ficará vinculado a emanar decisões de autorização de entrada, de abstenção de expulsão, ou mesmo de concessão de estatuto legal.

XXXII. O reconhecimento de direitos derivados de imigração altera a perspetiva tradicional do exercício do *ius includendi et excludendi* - esse poder deixa de ser totalmente discricionário, já que o Estado não só tem de reconhecer, em alguns casos, direitos de imigração, como ainda, no caso de pretender restringir o exercício dos mesmos, tem de o fazer com respeito por vários princípios.

XXXIII. Os direitos derivados de imigração podem, em alguns casos, justificar-se para garantir o gozo efetivo de um direito constitucionalmente protegido, caso em que revestirão a natureza de *direito fundamental material*. A sua qualificação como direito fundamental material deriva do art. 16.º, n.º1 da CRP, da natureza de direito fundamental do *direito-fim* cuja efetividade pretendem salvaguardar e da conceção da leitura dos direitos fundamentais à luz dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, decorrente do art. 16.º, n.º2. Caso o direito que pretendam salvaguardar tenha essa natureza, os direitos derivados de imigração serão direitos, liberdades e garantias.

XXXIV. Os direitos derivados de imigração podem ser afetados por uma restrição dos direitos fundamentais-fim. As restrições aos direitos-fim podem revestir diversas modalidades: estabelecimento de condições de exercício do direito derivado de imigração ou mesmo negação da possibilidade de exercício do direito derivado num caso concreto.

XXXV. Para serem justificadas, as referidas restrições devem, em primeiro lugar, prosseguir um fim legítimo, o qual deverá ter apoio ou consagração constitucional. Em matéria de imigração, tais bens reconduzem-se, normalmente, à defesa da cultura e da moral, à saúde pública, ao bem-estar geral da comunidade, à defesa da legalidade, à segurança nacional, e à ordem pública em sentido estrito.

XXXVI. Num caso de conflito entre direitos derivados de imigração e de outros bens constitucionalmente protegidos, deverão ponderar-se os sacrifícios específicos que resultam para o direito-fim que se pretende sacrificar, com as vantagens específicas que resultam para o concreto bem público que se pretende salvaguardar.

XXXVII. A necessidade de qualquer restrição aos direitos protegidos deve respeitar o princípio da proporcionalidade nos seus três subprincípios tradicionalmente afirmados: o da adequação ou idoneidade (que exige que o reconhecimento de um direito derivado de imigração ponha em risco, em concreto, o bem público prosseguido devido à ameaça individual e atual que o visado representa para a sociedade de acolhimento), o da necessidade (que exige que o meio escolhido seja aquele, que, de entre os meios disponíveis que gozem de idoneidade similar, implique menos danos para o direito-fim visado com a salvaguarda

dos direitos de imigração) e o da proporcionalidade em sentido estrito (que visa sopesar a importância do fim a alcançar com a gravidade do sacrifício imposto ao visado).

XXXVIII. É necessário, finalmente, proteger-se o núcleo essencial do direito-fim, resistente a qualquer restrição, e que reclamará o reconhecimento de um direito de imigração sempre que este se constituir como *único meio* de se levar a cabo o referido direito-fim diretamente reconhecido ao estrangeiro.

5. Por fim, na Parte IV analisaram-se as garantias necessárias para a efetivação dos direitos derivados de imigração, as quais podem ser divididas em três tipos: garantias procedimentais, a adotar antes ou durante as decisões estaduais em matéria de imigração; garantias de recurso jurisdicional das decisões estaduais em matéria de imigração; e ainda as garantias relativas à aplicação de medidas de detenção dos imigrantes. Nesta Parte concluímos que:

I. A garantia de alguns direitos de imigração exige a previsão de um procedimento que permita ao estrangeiro dirigir-se ao Estado de acolhimento e pedir o ato administrativo que entenda salvaguardar-lhe os direitos em causa. Em segundo lugar, o direito ao procedimento obriga as autoridades a ponderarem os factos invocados pelo estrangeiro antes de tomarem a decisão.

II. O referido procedimento deve ser um procedimento justo. Várias normas de direito internacional visam desenvolver esta ideia, como a proibição de expulsões coletivas e a previsão de várias garantias procedimentais respeitantes às expulsões de estrangeiros em situação regular. Os mais recentes desenvolvimentos da jurisprudência do TEDH caminham ainda no sentido da garantia de um procedimento justo em todos os casos referentes à matéria de imigração, quer através da extensão da aplicação do âmbito do art. 13.º da CEDH à garantia do acesso ao procedimento administrativo, quer através da afirmação de garantias procedimentais a partir da ideia de proteção efetiva dos próprios direitos substantivos previstos na CEDH.

III. O direito a um procedimento justo é salvaguardado em normas de vários instrumentos de direito derivado em matéria de política europeia de imigração. Nos casos em que não se prevejam determinadas obrigações procedimentais, ainda assim aplica-se o princípio da boa administração, reconhecido como princípio geral pelo direito da UE.

IV. Da Constituição resultam também várias normas que preveem garantias relativas a um procedimento justo: quer garantias relativas especificamente aos procedimentos de expulsão no caso dos estrangeiros em situação regular, quer ainda garantias gerais que se devem aplicar em qualquer decisão em matéria de imigração. Deverá garantir-se o direito à informação, o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos, o direito a conhecer as decisões definitivas e respetiva fundamentação específica, bem como o direito a participar no procedimento administrativo.

V. Ainda que não se previssem expressamente as referidas garantias, as mesmas sempre seriam exigidas pela efetivação dos próprios direitos derivados de imigração. Assim, da proteção constitucional de um direito derivado de imigração decorre a inconstitucionalidade de uma norma que determine a recusa automática de um pedido de entrada, de aquisição de estatuto legal, ou a expulsão automática do território, por não permitir ao Estado-decisor ponderar os vários direitos fundamentais-fim de que o estrangeiro pode beneficiar e que podem reclamar, a final, a garantia de um direito derivado de imigração.

VI. Para efetivar o reconhecimento de direitos derivados de imigração de que o estrangeiro pode ser titular, mesmo que não cumpra os requisitos legalmente previstos para entrar, permanecer ou beneficiar de determinado estatuto legal, o legislador deve prever cláusulas de exceção que permitam às autoridades emanar a decisão administrativa necessária para esse efeito.



VII. A defesa de direitos derivados de imigração impõe ainda o direito a um recurso judicial efetivo das decisões desfavoráveis na matéria, o que implica o direito de informação acerca dos meios de recurso, a representação por advogado, a designação de um tradutor, a previsão de prazos razoáveis quer para a interposição do recurso, quer para a decisão, a possibilidade de revisão do mérito da decisão, a independência e a equidade do processo e a produção de uma decisão vinculativa. Deve ainda ser garantido um direito a pedir a suspensão dos efeitos da decisão administrativa desfavorável, nos casos em que a aplicação imediata da medida contestada acarrete danos sérios ao direito-fim.

VIII. Também do direito da UE deriva um direito ao recurso judicial efetivo com contornos semelhantes, decorrente do direito de acesso à justiça, o qual tem sido entendido pelo TJ como um princípio geral do direito da UE. Alguns instrumentos emanados no contexto da política comum de imigração mencionam o referido direito, devendo aplicar-se, em todos eles, as garantias gerais de acesso ao recurso, decorrentes da CDFUE.

IX. No caso de aplicação de medida de detenção, a condição de detido não pode constituir um entrave à possibilidade de o migrante invocar, perante as autoridades, os factos que podem levar a que ao mesmo seja reconhecido um eventual direito derivado de imigração. Da conjugação dos instrumentos normativos analisados derivam hoje as garantias de legalidade da detenção, de boa-fé, de informação atempada, completa e inteligível, e feita no mais curto espaço de tempo, numa linguagem simples e acessível e numa língua que o estrangeiro compreenda, de controlo judiciário e contraditório da medida, de acesso a recurso eficaz e célere, de duração máxima de detenção, e de condições de detenção adequadas e que permitam o contacto com a família e representantes legais. Dos recentes desenvolvimentos dos vários ramos de direito analisados, exige-se ainda ponderação quanto à necessidade de aplicação da medida e análise individualizada da mesma, a qual deve terminar em caso de reconhecimento de um direito derivado de imigração.

6. Em síntese, na presente tese procurámos demonstrar que atualmente decorre do direito positivo o reconhecimento, em certos casos, de direitos de imigração, e, assim, uma superação da doutrina tradicional. Com base no reconhecimento do estrangeiro enquanto sujeito de direitos pelas normas estudadas, e com a consideração de que, verificadas certas circunstâncias, a entrada, permanência ou obtenção de estatuto legal por parte de estrangeiros no território é necessária para efetivar um direito humano de que os mesmos sejam titulares, pode afirmar-se que, atualmente, resultam do direito positivo vários direitos derivados de imigração que reclamam, para o seu exercício, diversas garantias que incumbe ao Estado respeitar e efetivar. Trata-se de obrigações internacionais e também constitucionais, que permitem, assim, ultrapassar a consideração da imigração como domínio alheio à necessidade de respeito pelos direitos humanos. Para além do mais, tais obrigações assentam no reconhecimento de verdadeiros *direitos fundamentais*, o que implica que os mesmos não possam ser modificados ou suprimidos pelo legislador em função das maiorias conjunturais que reclamam a adoção de determinada política de imigração.



## BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *EU Immigration and Asylum Law : Text and Commentary*, vol. I, Steve Peers, Elspeth Guild & Jonathan Tomkin (ed.) Martinus Nijhoff Publishers, 2012
- AA.VV., *EU Immigration and Asylum Law : Text and Commentary*, vol. II, Steve Peers, Elspeth Guild, Diego Acosta Arcarazo & Violeta Moreno-Lax (ed.) Martinus Nijhoff Publishers, 2012
- AA.VV., *Immigration and Welfare: Challenging the Borders of the Welfare State*, Michael Bommes & Andrew Geddes (ed.) Routledge, 2000
- AA.VV., *L'Interprétation de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Frédéric Sudre (dir.) Bruylant, 1998
- AA.VV., *La Charte Social Européenne*, Stéphane Leclerc & Jean-François Akandji-Kombé (coord.), Bruylant, 2001
- AA.VV., *La Mise à l'Écart des Étrangers – Les Effets du Visa Schengen*, L' Harmattan, 2003
- AA.VV., *La Protección Internacional de los Derechos Humanos en los Albores del Siglo XXI*, Felipe Gómez Isa (dir.), José Manuel Pureza, Universidad de Deusto, 2004
- AA.VV., *La Regulación de la Inmigración en Europa*, Eliseo Aja & Laura Díez (coord.), obra Social Fundación “La Caixa”, 2005
- AA.VV., *Terrorism and the Foreigner*, Anneliese Baldaccini & Elspeth Guild (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, 2007
- ABENDROTH, Wolfgang, *El Estado Social*, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, 1986
- ABLINE, Gaël, “Les Observations Générales, Une Technique d'Élargissement des Droits de l'Homme”, *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, n.º 74, 2008, p. 449 e ss.
- ABRAM, Eliahu Frank, “The Child's Right to Family Unity in International Immigration Law”, *Law & Policy*, vol. 17, 1995, n.º 4, p. 397 e ss.
- ABRANTES, José João, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, 2005
- ACOSTA, Diego, “The Good, the Bad and the Ugly in EU Migration Law. Is the European Parliament Becoming Bad and Ugly? (The Adoption of Directive 2008/15: The Returns Directive)”, *European Journal of Migration and Law*, vol. 11, 2009, p. 19 e ss.
- \_\_\_\_\_, “Civic Citizenship Reintroduced? The Long-Term Residence Directive as a Post-National Form of Membership”, *European Law Journal*, vol. 21, n.º 2, 2015, p. 200 e ss.
- AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA & CONSELHO DA EUROPA, AA.VV., *Manual de Legislação Europeia sobre Asilo, Fronteiras e Imigração*, Serviço de Publicações da União Europeia, 2015
- AKANDJI-KOMBÉ, Jean-François, “Actualité de la Charte Sociale Européenne”, *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, n.º 74, 2008, p. 507 e ss.
- ALLAIN, Jean, “The Ius Cogens Nature of non-refoulement”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 13, n.º 4, 2001 p. 533 e ss.
- ALBUQUERQUE, Martim de, *Da Igualdade – Introdução à jurisprudência*, Almedina, 1993

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

- ALBUQUERQUE, Rui de & ALBUQUERQUE, Martim de, *História do Direito Português*, vol. I. Tomo II, Faculdade de Direito de Lisboa, 1983
- ALCALÁ, Humberto Nogueira, “Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lisboa*, vol. XXXVII, n.º1, 1996, p. 7 e ss.
- ALEINIKOFF, Alexander, “Citizens, Aliens, Membership and the Constitution”, *Constitutional Commentary*, vol. 7, n.º 9, 1990, p. 9 e ss.
- \_\_\_\_\_ “International Legal Norms and Migration: A Report”, in AA.VV, *Migration and International Legal Norms*, T. Alexander Aleinikoff & Vincent Chetail (ed.), T.M.C. Asser Press, 2003, p. 1 e ss.
- \_\_\_\_\_ “International Legal Norms on Migration: Substance without Architecture”, AA.VV., *International Migration Law – Developing Paradigms and Key Challenges*, Ryszard Cholewinski, Richard Perruchoud & Evan McDonald (ed.), T.M.C. Asser Press, 2007, p. 467 e ss.
- ALEXANDRINO, José de Melo, “A Nova Lei de Entrada, Permanência, Saída e Afastamento de Estrangeiros”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLIX, n.º 1 e 2, 2008, p. 69 e ss.
- ALEXY, Robert, *Teoria de la Argumentación Jurídica*, Palestra Editores, 2007
- \_\_\_\_\_ *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Virgílio Afonso da Silva (trad.), Malheiros Editores, 2008
- ALLEWELD, Ralf, “Protection Against Expulsion Under Article 3 of the European Convention on Human Rights”, *European Journal of International Law*, n.º 4, 1993, p. 360 e ss.
- ALLOUCHE, Dominique Nazet, “La Condition des Ressortissants des Pays Tiers dans l’Union Européenne”, AA.VV., *L’Étranger : Sujet du Droit et Sujet de Droits*, Thierry Di Manno & Marie-Pierre Élie (dir.), Bruylant, 2008, p. 29 e ss.
- ALMEIDA, Carlota Pizarro de, “Exclusões Formais, Exclusões Materiais – o Lugar do Outro ; Discriminação contra Imigrantes”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLV, ns.º 1 e 2, 2004, p. 37 e ss.
- ALMEIDA, Geraldo da Cruz, *Da União de Facto – Convivência More Uxorio em Direito Internacional Privado*, Pedro Ferreira Artes Gráficas, 1999
- ALMEIDA, Susana, *O Respeito pela Vida (Privada) e Familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem : A Tutela de Novas Formas de Família*, Coimbra Editora, 2008
- ALTEMIR, Antonio Blanc, “Universalidad, Indivisibilidad e Interdependência de los Derechos Humanos a los Cincuenta años de la Declaración Universal, AA.VV., *La Protección Internacional de los Derechos Humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, Antonio Blanc Altemir (ed.) Tecnos, 2001, p. 13 e ss.
- AMADOR, F.V. García, “International Responsibility: Second Report”, *Yearbook of the International Law Commission*, 1957, vol. II, United Nations, p. 104 e ss.
- AMADOR, F.V. García, SOHN, L.B. & BAXTER, R.R., *Recent Codification of the Law of State Responsibility for injuries to Aliens*, Oceana Publications, 1974
- AMALFITANO, Chiara, “Segnalazione nel SIS ai fini della non ammissione nello «spazio Schengen». Profili di incompatibilità comunitaria e di legittimità costituzionale”, *Il Diritto dell’Unione Europea*, n.º 3, 2006, p. 489 e ss.

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

- AMARAL, Diogo Freitas do, “Direitos Fundamentais dos Administrados”, AA.VV., *Nos Dez Anos da Constituição*, Jorge Miranda (org.), Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1986, p. 9 e ss.
- \_\_\_\_\_ “Estado”, AA.VV., *Polis, Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, Verbo, 1996, p. 1126 e ss.
- \_\_\_\_\_ *História das Ideias Políticas*, Almedina, 2006
- \_\_\_\_\_ *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, Almedina, 2004
- AMARAL, Diogo Freitas do & ALMEIDA, Mário Aroso de, *Grandes Linhas da Reforma do Contencioso Administrativo*, Almedina, 2004
- AMARAL, Maria Lúcia, “O Princípio da Igualdade na Constituição Portuguesa”, AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Armando Marques Guedes*, Coimbra Editora, 2004, p. 35 e ss.
- \_\_\_\_\_ *A Forma da República*, Coimbra Editora, 2012
- AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, *The Movement of Persons Across Borders*, Louis B. Sohn, Thomas Buergenthal (ed.), American Society of International Law, 1992
- ANDERSON, Bridget, SHARMA, Nandita & WRIGHT, Cynthia, “Why No Borders?”, *Refuge: Canada's Journal of Refugees*, vol. 26, 2009, p. 5 e ss.
- ANDERSON, Malcom & BIGO, Didier, “What are EU Frontiers for and what do they mean?”, AA.VV., *Search for Europe's Borders*, Kees Groenendijk, Elspeth Guild & Paul Minderoud (ed.), Kluwer International, 2003, p. 7 e ss.
- ANDERFUHREN-WAYNE, Cynthia, “Family Unity in Immigration and Refugee Matters: United States and European Approaches”, *International Journal of Refugee Law*, n.º 8, 1996, p. 347 e ss.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, *O Dever de Fundamentação Expressa dos Atos Administrativos*, Almedina, 2007
- \_\_\_\_\_ *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª Edição, Almedina, 2012
- \_\_\_\_\_ *A Justiça Administrativa*, 13ª Edição, Almedina, 2014
- ANDRADE, Manuel da Costa, “Bruscamente no verão passado – A Reforma do Código de Processo Penal”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 137, 2008, p. 134 e ss., 220 e ss., 262 e ss., 318 e ss.
- ANDRE, Adélio Pereira, *Vinculação da Administração e Proteção dos Administrados*, Coimbra Editora, 1989
- ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël, “Le maintien du lien familial des étrangers”, AA.VV., *Le Droit au Respect de la vie Familiale au sens de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Frédéric Sudre (dir.), 2002, p. 211 e ss.
- ANTUNES, Maria João, “Comentário – Tráfico de Droga – Expulsão de Estrangeiro – Pena Acessória - Jurisprudência”, AA.VV., *Droga – Decisões de Tribunais de 1ª Instância – Comentários*, Gabinete de Planeamento e Coordenação do Combate à Droga, Ministério da Justiça, 1995, p. 178 e ss.
- APAP, Joanna, “Transfer of Competence: Between Sovereignty and Supranationality”, AA.VV., *Police and Justice Cooperation and the New European Borders*, Malcolm Anderson & Joanna Apap (ed.), Kluwer, 2002, p. 47 e ss.

- 
- \_\_\_\_\_. “Recent Developments as regards European Migration Policy in view of an Enlarged Europe”, AA.VV., *Justice and Home affairs in the EU – Liberty and Security after Enlargement*, Joanna Apap (ed.), Edward Elger, 2004, p. 175 e ss.
- APAP, Joanna, BRUYCKER, Philippe de & SCHMITTER, Catherine, *Regularisations of Illegal Aliens in the European Union: Summary Report of a Comparative Study*, Bruylant, 2000
- ARAÚJO, António de, COSTA, Joaquim Pedro Cardoso da & BRITO, Miguel Nogueira de, “As Relações entre os Tribunais Constitucionais e as outras Jurisdições Nacionais, incluindo a transferência, nesta matéria, da ação das jurisdições europeias”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 62, n.º 2, 2002, p. 907 e ss.
- ARENDT, Hannah, *The origins of Totalitarianism*, Harcourt, Brace and Company, 1951
- ARNOLD, Rainer, “Aliens”, AA.VV., *Encyclopedia of Public International Law*, Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Rudolf Bernhard, vol. I, North-Holland, 1992, p. 102 e ss.
- 
- \_\_\_\_\_. “L’exposition des Constitutions Européennes aux influences externes”, AA.VV., *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*, vol. II, Jorge Miranda (org.), Coimbra Editora, 1997, p. 673 e ss.
- ARRIOLA, Joaquín, “A nova imigração na Europa: precariedade e hierarquização do trabalho no novo modelo europeu de acumulação”, AA.VV., *Perspectivas para uma outra Zona Euro*, Júlio Mota, Luís Lopes & Margarida Antunes (org.), Coimbra Editora, 2014, p. 83 e ss.
- ASCENSÃO, Oliveira “Direito de Autor e Direitos Fundamentais”, AA.VV., *Perspectivas Constitucionais: nos 20 anos da Constituição*, Jorge Miranda (org.), vol. II, 1997, p. 181 e ss.
- ATAK, Idil & CRÉPEAU, François, “National Security, Terrorism and the Securitization of Migration”, AA.VV., *Research Handbook on International law and Migration*, Vincent Chetail & Céline Bauloz (dir.), Edward Elgar, 2014, p. 93 e ss.
- AZOULAI, Loïc, “Article II – 113 – Niveau de Protection”, AA.VV., *Traité Établissant une Constitution por l’Europe – Commentaire Article par Article – Partie II La Charte des Droits Fondamentaux de l’Union*, Laurence Burgorgue-Larsen, Anne Levade & Frabice Picod (dir.), Bruylant, 2005, p. 689 e ss.
- BAAMONDE, María Emilia Casas, *El Tribunal Constitucional ante el fenómeno de la Extranjería*, Relatório apresentado no encontro trianual dos Tribunais Constitucionais de Portugal, Espanha e Itália em Madrid, 26 e 27 de setembro de 2008
- BADER, Michael, “Citizenship of the Union: Human Rights, Rights of Citizens of the Union and of Member States *Ratio Iuris*, n.º 12, 1999, p. 153 e ss.
- BAGANHA, Maria Ioannis, “Labour market and immigration: economic opportunities for immigrants in Portugal”, AA.VV., *El Dorado or Fortress? Migration in Southern Europe*, Russell King, Gabriella Lazaridis & Charalambos Tsardanidis (ed.), MacMillan Press, 2000, p. 79 e ss.
- 
- \_\_\_\_\_. “Política de imigração. A regulação dos fluxos”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 73, 2005, p. 29 e ss.
- BAGANHA, Maria & GÓIS, Pedro, “Migrações internacionais de e para Portugal: o que sabemos e para onde vamos?”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, ns.º 52/53, 1996, p. 229 e ss.

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

- BAGANHA, Maria Ioannis & MARQUES, José Carlos, *Imigração e Política – o Caso Português*, Fundação Luso-Americana, 2001
- BAGANHA, Maria, MARQUES, José Carlos & GÓIS, Pedro, “The Unforeseen Wave: Migration from Eastern Europe to Portugal”, AA.VV., *New Waves: Migration from Eastern to Southern Europe*, Maria Baganha & Maria Lucinda Fonseca (ed.), Luso-American Foundation, 2004, p. 23 e ss.
- BAGARIC, Mirko & MORSS, John, “State Sovereignty and Migration Control: the Ultimate Act of Discrimination”, *Journal of Migration and Refugee Issues*, vol. 1, 2005, p. 25 e ss.
- BALDACCINI, Anneliese, “The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law: An Analysis of the Returns Directive”, *European Journal of Migration and Law*, vol. 11, 2009, p. 1 e ss.
- BATISTA, Eduardo Correia, *Ius Cogens em Direito Internacional*, Lex, 1997
- BARBERIS, Júlio A., “Les Liens Juridiques entre l’État et son Territoire: Perspectives Théoriques et Évolution du Droit International”, *Annuaire Français de Droit International*, XLV, CNRS Editions, 1999, p. 132 e ss.
- BARRET, Gavin, “Family Matters: European Community Law and Third-Country Family Members”, *Common Market Law Review*, vol. 40, n.º 2, 2003, p. 369 e ss.
- BARRETO, António & PRETO, Clara Valadas “Indicadores da Evolução Social”, AA.VV., *A Situação Social em Portugal, 1960-1995*, António Barreto, (org.), Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Lisboa, 1996.
- BARRETO, Ireneu Cabral, “O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, AA.VV., *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Coimbra Editora, 2001, p. 105 e ss.
- \_\_\_\_\_ “Os direitos da criança na Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, AA.VV., *Direitos das Crianças*, Coimbra Editora, 2004, p. 75 e ss.
- \_\_\_\_\_ *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2010
- BARROS, Henrique da Gama, *História da Administração Pública em Portugal- nos séculos XII a XV*, Tomo IV, Typographia Castro Irmão, 1922
- BASILIEU-GAINCHE, Marie-Laure, “Immigration Detention under the Return Directive: The CJEU Shadowed Lights”, *European Journal of Migration and Law*, vol. 17, 2015, p. 104 e ss.
- BASILIEU-GAINCHE, Marie-Laure & RACHO, Tania, “Quand le souci d’efficacité de l’éloignement l’emporte sur l’application effective des droits Fondamentaux”, *La Revue des droits de l’homme*, 2014, p. 2 e ss.
- BAUBÖCK, Rainer, *Transnational Citizenship – Membership and Rights in International Migration*, Edward Elgar, 1994
- BAUDET, Thierry, *The Significance of Borders*, Brill, 2012
- BECO, Gauthier de, “Quels Critères pour l’Expulsion des Étrangers Mineurs Délinquants?”, AA.VV., *L’Étranger face au Droit*, Jean-Yves Carlier (dir.), Bruylant, 2010, p. 447 e ss.
- BEERNAERT, Marie-Aude “Protocol 14 and New Strasbourg Procedures: Towards Greater Efficiency? At what Price”, *European Human Rights Law Review*, n.º5, 2004, p. 544 e ss.
- BELEZA, Teresa Pizarro, “Hostilidades (sobre a pena acessória de expulsão dos estrangeiros do território nacional)”, AA.VV., *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Jorge de Figueiredo Dias (org.), Coimbra Editora, 2001, p.139 e ss.
- BELL, Mark, *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford University Press, 2002

- \_\_\_\_\_. “Beyond European Labour Law? Reflections on the EU Racial Equality Directive”, *European Law Journal*, vol. 8, n.º 3, 2002, p. 384 e ss.
- \_\_\_\_\_. “Invisible Actors? Irregular Migrants and Discrimination”, AA.VV., *Irregular Migration and Human Rights : Theoretical, European and International Perspectives*, Barbara Boguz, Ryszard Colewinski, Adam Cygan & Erika Szyrsczak (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 345 e ss.
- BENHABIB, Seyla, *The Rights of Others – Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge University Press, 2004
- \_\_\_\_\_. “Borders, Boundaries, and Citizenship”, *Political Science and Politics*, vol. XXXVIII, n.º4, 2005, p. 673 e ss.
- BERNHARDT, Rudolf, “Human Rights and Judicial Review”, AA.VV., *Human Rights and Judicial Review – A Comparative Perspective*, David M. Beatty (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, 1994, p. 297 e ss.
- BERRAMDANE, Abdelkhaleq, “L’Ordre Public et les Droits Fondamentaux en Droit Communautaire et de l’Union Européenne”, AA.VV., *Territoires et Liberté – Mélanges en Hommage au Doyen Yves Madiot*, Bruylant, 2000, p. 157 e ss.
- BHABHA, Jacqueline, “«Get Back to Where You Once Belonged»: Identity, Citizenship, and Exclusion in Europe”, *Human Rights Quarterly*, vol. 20, n.º 3, 1998, p. 592 e ss.
- \_\_\_\_\_. “Children, Migration and International Norms”, AA.VV., *Migrations and International Legal Norms*, T. Alexander Aleinikoff & Vincent Chetail (ed.), T.M.C. Asser Press, 2003, p. 203 e ss.
- \_\_\_\_\_. “«More than their Share of Sorrows» International Migration Law and the Rights of Children”, *St. Louis University Public Law Review*, vol. 22, n.º 2, 2003, p. 253 e ss.
- \_\_\_\_\_. “The “Mere Fortuity of Birth”? – Children, Mothers, Borders and the Meaning of Citizenship”, AA.VV., *Migrations and Mobilities – Citizenship, Borders and Gender*, Seyla Benhabib & Judith Resnik (ed.), New York University Press, 2009, p. 187 e ss.
- BIGO, Didier, “Migration and Security”, AA.VV., *Controlling a New Migration World*, Virginie Guiraudon & Christian Joppke (ed.), Rotledge, 2001, p. 121 e ss.
- BILE, Franco, *El Tribunal Constitucional ante el Fenómeno de la Extranjería*, Relatório apresentado no encontro trianual dos Tribunais Constitucionais de Portugal, Espanha e Itália, em Madrid, 26 e 27 de setembro de 2008
- BIN, Roberto, “Art. 14.º - Divieto de Discriminazione”, AA.VV., *Commentario alla Convenzione Europea per la Tutela dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà Fondamentali*, CEDAM, 2001
- BIOY, Xavier, “Le Libre Développement de la Peronnalité en Droit Constitutionnel, Essai de Comparaison (Allemagne, Espagne, France, Italie, Suisse)”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, n.º1, 2003, p. 123 e ss.
- BISCOTTINI, G., “L’ammissione ed il soggiorno dello straniero”, AA.VV., *Scritti Giuridici in memoria di Vittorio Emanuele Orlando*, vol. I, CEDAM, 1957, p. 154 e ss.
- BLAKE, Nicholas, “Developments in the Case Law of the European Court of Human Rights”, AA.VV., *Irregular Migration and Human Rights : Theoretical, European and International Perspectives*, Barbara Boguz, Ryszard Colewinski, Adam Cygan & Erika Szyrsczak (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 431 e ss.
- BLAKE, Nicholas & HUSAIN, Raza, *Immigration, Asylum & Human Rights*, Oxford University Press, 2003



- BLUS, Anna, “Beyond the Walls of Paper. Undocumented Migrants, The Border and Human Rights”, *European Journal of Migration and Law*, vol. 15, 2013, p. 413 e ss.
- BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, & PASQUINO, Gianfranco, *Dizionario de Política*, Siglo XXI Editores, 1998
- BOELAERT-SOUMINEN, Sonja Ann, “Non-EU Nationals and Council Directive 2003/109/EC on the Status of Third-country Nationals who are Long-term Residents: Five Faces Forward and Possible Three Paces Back”, *Common Market Law Review*, vol. 42, 2005, n.º10, p. 1011 e ss.
- BOELES, Pieter, “Directive on Family Reunification: Are the Dilemmas Resolved?”, *European Journal of Migration and Law*, vol. 3, 2001, p. 61 e ss.
- \_\_\_\_\_, “Introduction: Freedom, Security and Justice for All”, AA.VV., *Implementing Amsterdam*, Elspeth Guild & Carol Harlow (ed.), Hart Publishing, 2002, p. 1 e ss.
- BOELES, Pieter, DEN HEIJER, Maarten, LODDER, Gerrie & WOUTERS, Kees, *European Migration Law*, 2<sup>nd</sup> Edition, Intersentia, 2014
- BONETTI, Paolo, “Diritto all’ Unità Familiare e Tutela dei Minori – Profili Generali e Costituzionali”, in Bruno Nascimbene, *Diritto degli Stranieri*, CEDAM, 2004, p. 861 e ss.
- BONNOT, Frédéric, “Les principes généraux du droit applicables aux réfugiés et le principe de l’unité de famille”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Étranger*, n.º 5, 1996, p. 1379 e ss.
- BOOTH, William James, “Foreigners : Insiders, Outsiders and the Ethics of Membership”, *Review of Politics*, vol. 5, 1997, p. 259 e ss.
- BORCHARD, Edwin M., *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or The Law of International Claims*, Kraus Reprint Co., 1970
- BOSNIAK, Linda, “Human Rights, State Sovereignty and the Protection of Undocumented Migrants under the International Migrant Workers’ Convention”, AA.VV., *Irregular Migration and Human Rights : Theoretical, European and International Perspectives*, Barbara Boguz, Ryszard Colewinski, Adam Cygan & Erika Szyszczak (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 311 e ss.
- BOULANGER, François, “La vie Familiale ”, AA.VV., *Libertés et Droits Fondamentaux*, Rémy Cabrillac, Marie-Anne Frison-Roche & Thierry Revet (dir.), Dalloz, 2005, p. 201 e ss.
- BOUVÉ, Clement L. *A Treatise on the Laws Governing Exclusion and Expulsion of Aliens in the United States*, John Byre & Co., 1912
- BOUZIRI, Nejib, *La Protection des Droits Civils et Politiques par l’ONU - l’Oeuvre du Comité des Droits de l’Homme*, L’Harmattan, 2003
- BRAGA, Gianluca, “Il «diritto clandestino». La negazione della libertà d’immigrazione tra ragioni antiche e nuove possibili aperture”, *Teoria del Diritto e dello Stato*, 2008, n.º 1-2-3, p. 19 e ss.
- BRAIBANT, Guy, *La Charte des Droits Fondamentaux de l’Union Européenne*, Éditions du Seuil, 2001
- BREMS, Eva, “The margin of appreciation doctrine in the case-law of the European Court of Human Rights”, *Zeitschrift für Ausländisches Öddentlisches und Völkerrecht*, Jahr 56, 1-2, 1996, p. 240 e ss.

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

- BRENNAN, Fernne, “The race directive: recycling racial inequality”, *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol.5, 2002-2003, p. 311 e ss.
- BRIBOSIA, Emmanuelle, “Les Discriminations Fondées sur la Nationalité ”, AA.VV., *Union Européenne et Nationalités*, Bruylant, 1999, p. 200 e ss.
- BRIERLY, J.L., *Direito Internacional*, 4ª Edição, M.R. Crucho de Almeida (tradução), Fundação Calouste Gulbekian, 1979
- BRINKMANN, Gisbert, “Family Reunion, Third Country Nationals and the Community’s New Powers”, AA.VV., *Implementing Amsterdam*, Elspeth Guild & Carol Harlow (ed.), Hart Publishing, 2002, p. 241 e ss.
- \_\_\_\_\_ “The Immigration and Asylum Agenda”, *European Law Journal*, vol. 10, n.º 2, 2004, p. 182 e ss.
- BRITO, Mário de, “Acesso ao Direito e aos Tribunais”, *O Direito*, ano 127, 1995, p. 353 e ss.
- BRITO, Wladimir, “Cidadania Transnacional ou Nacionalidade Lusófona”, *Direito e Cidadania*, ano VI, n.º 19, 2004, p. 215 e ss.
- BROWER, Evelien, “Immigration, Asylum, and Terrorism : A Changing Dynamic Legal and Practical Developments in the EU in Response to the Terrorist Attacks of 11.09 ”, *European Journal of Migration and Law*, vol. 4, 2003, 399 e ss.
- \_\_\_\_\_ “Effective Remedies in Immigration and Asylum Law Procedures : A Matter of General Principles of EU Law”, AA.VV., *Whose Freedom, Security and Justice ? EU Immigration and Asylum Law and Policy*, Anneliese Baldaccini, Elspeth Guild & Helen Toner (ed.), Hart, 2007, p. 57 e ss.
- \_\_\_\_\_ “Effective Remedies for Third Country Nationals in EU Law : Justice Accessible to All ? ”, AA.VV., *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, Elspeth Guild & Paul Minderhoud (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 377 e ss.
- BROWNLIE, Ian, *Princípios de Direito Internacional Público*, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997
- BRUBAKER, Rogers *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, Harvard University Press, 1996
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence, “Article II – 112 – Portée et Interprétation des Droits et des Principes”, AA.VV., *Traité Établissant une Constitution pour l’Europe – Commentaire Article par Article – Partie II La Charte des Droits Fondamentaux de l’Union*, Laurence Burgorgue-Larsen, Anne Levade & Frabice Picod (dir.), Bruylant, 2005, p. 658 e ss.
- \_\_\_\_\_ “Jurisprudence Européenne Comparée”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Étranger*, n.º 4, 2006, p. 1141 e ss.
- BURNHAM, Peter, “State”, in *Concise Dictionary of Politics*, 2<sup>nd</sup> Edition, Ian McLean & Alistair McMillan (ed.), Oxford University Press, 2003, p. 512 e ss.
- BURNS, J.H., *The Cambridge history of political thought: 1450-1700*, Cambridge University Press, 1996
- CABRITA, Isabel, *Direitos Humanos: Um Conceito em Movimento*, Almedina, 2011
- CAEIRO, Pedro, “ Proibições Constitucionais de Extraditar em Função da Pena Aplicável ”, *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano 8, Janeiro-Março 1998, p. 7 e ss.

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

- CAETANO, Marcelo, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, Tomo I, 6.<sup>a</sup> Edição, Revista e Ampliada por Miguel Galvão Teles, Almedina, 1983
- CALLEWAERT, Johan, “La Convention Européenne des Droits de l’Homme entre Effectivité et Prévisibilité”, AA.VV., *Les Droits de l’Homme au Seuil du Troisième Millénaire – Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, 2000, p. 93 e ss.
- CALVO, Carlos, *Le droit international théorique et pratique; précédé d’un exposé historique des progrès de la science du droit des gens*, 5<sup>ème</sup> Édition, A. Rousseau, 1896
- CANADIAN COUNCIL FOR REFUGEES, *Impacts on children of the Immigration and Refugee Protection Act*, 2004
- CANAS, Vitalino, “Notas sobre alguns aspetos restritivos da “nova” lei dos estrangeiros”, *Vida Judiciária*, Lisboa, n.º 71, 2003, p. 21 e ss.
- \_\_\_\_\_ “A Proibição do Excesso como Instrumento Mediador de Ponderação e Otimização (com Incursão na Teoria das Regras e dos princípios” AA.VV., *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. III, Coimbra Editora, 2012, p. 811 e ss.
- CANETTA, Emanuela, “The EU Policy on Return of Illegally Staying Third-Country Nationals”, *European Journal of Migration and Law*, vol. 9, 2007, p. 435 e ss.
- CANOTILHO, J.J. GOMES, “Caso Varizo – Extradução no caso de prisão perpétua”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 128, 1999, p. 242 e ss.
- \_\_\_\_\_ *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, 2.<sup>a</sup> Edição, Coimbra Editora, 2001
- \_\_\_\_\_ “Compreensão Jurídico-política da Carta”, AA.VV., *Carta de Direitos fundamentais da União Europeia*, Coimbra Editora, 2001, p. 13 e ss.
- \_\_\_\_\_ “Constituição e Déficit Procedimental”, in *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, 2004, p. 69 e ss.
- \_\_\_\_\_ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.<sup>a</sup> Edição, Almedina, 2015
- CANOTILHO, J.J. Gomes & MOREIRA, Vital, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, 2004
- \_\_\_\_\_ *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.<sup>a</sup> Edição Revista, Coimbra Editora, 2007
- CANOTILHO, Mariana, “Artigo 21º - Não Discriminação”, AA.VV., *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Alessandra Silveira & Mariana Canotilho (coord.), Almedina, 2013, p. 129 e ss.
- CARBALLO, Carlos Ortega, “Los Derechos Fundamentales de los Extranjeros en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Justicia Administrativa*, n.º 37, 2007, p. 5 e ss.
- \_\_\_\_\_ “Los Derechos Fundamentales de los Extranjeros después de la Sentencia del Tribunal Constitucional”, *Justicia Administrativa*, n.º 40, 2008, p. 5 e ss.
- CARENS, Joseph, “Migration and Morality : a Liberal Egalitarian Perspective”, AA.VV., *Free Movement : Ethical Issues in the Transnational Migration of People and Money*, Brian Barry & Robert E. Goodin (ed.), Pensilvania State University Press, University Park, 1992, p. 25 e ss.
- \_\_\_\_\_ “Aliens and Citizens: The Case for Open Borders” AA.VV., *Theorizing Citizenship*, Ronald Beiner (ed.), State University of New York Press, 1995, p. 229 e ss.

- \_\_\_\_\_. “Who Should Get In? The Ethics of Immigration Admissions”, *Ethics and International Affairs*, vol. 17, 2003, n.º 1, p. 95 e ss.
- CARLIER, J.-Y., “Vers L’ Interdiction d’Expulsion des Étrangers Intégrés ?”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, n.º 15, 1993, p. 449 e ss.
- \_\_\_\_\_. “La place des ressortissants de pays tiers dans la Charte”, AA.VV., *La Charte des Droits Fondamentaux de l’ Union Européenne*, J. Y. Carlier & Olivier de Schutter (sup.), Bruylant, 2002, p. 179 e ss.
- \_\_\_\_\_. “La Circulation des personnes dans l’Union Européenne - Libre circulation des travailleurs, citoyenneté et circulation libre des personnes”, AA.VV., *Une Constitution pour l’ Europe – Réflexions sur les transformations du droit de l’ Union Européenne*, Olivier de Schutter & Paul Niltoul (coord.), Larcier, 2004, p.143 e ss.
- \_\_\_\_\_. “Le devenir de la libre circulation des personnes dans l’Union Européenne: regard sur la Directive 2004/38”, *Cahiers de Droit Européen*, n.º 1-2. 2006, p. 13 e ss.
- \_\_\_\_\_. “L’ Europe et les Étrangers ”, AA.VV., *Mondialisation, Migration et Droits de l’Homme : le Droit International en Question*, vol. I, Vincent Chetail (dir.), Bruylant, 2007, p. 241 e ss.
- \_\_\_\_\_. *La Condition des Personnes dans l’ Union Européenne*, Larcier, 2007
- CARLIER, J.-Y., et al., *Qu’Est-ce qu’un réfugié? : étude de jurisprudence comparé*, Bruylant, 1998
- CARRERA, Sergio, “The Impact of the Treaty of Lisbon over EU Policies on Migration, Asylum and Borders : The Struggles over the Ownership of the Stockholm Programme ”, AA.VV., *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, Elspeth Guild & Paul Minderhoud (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 229 e ss.
- CARRIÓN, Alejandro J. Rodríguez, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 6ª Ed., Tecnos, 2006
- CARVALHO, João, *A Política de Imigração do Estado Português entre 1991 e 2004*, ACIDI, 2009
- CASADEVANTE, Carlos Fernandez de, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, AA.VV., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Carlos Fernandez de Casadevante (coord.) Dilex, 2011, p. 67 e ss.
- CASSESE, Antonio, *International Law*, 2<sup>nd</sup> Edition, Oxford University Press, 2005
- CASTILLO, Mireya, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 2ª Edición, Tirant lo Blanch, 2010
- CASTILLO, Teresa Fajardo del, “La Directiva sobre el retorno de los Inmigrantes en Situación Irregular”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 33, ano 13, 2009, p. 453 e ss.
- CASTLES, Stephen & DAVIDSON, Alcega, *Citizenship and Migration, Globalisation and the politics of belonging*, Routledge, 2000
- CASTLES, Stephen & MILLER, Mark J., *The Age of Migration*, The Guilford Press, 1993
- CASTRO, Catarina Sarmiento e, *Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais*, Almedina, 2005
- CASTRO, Paulo Canelas de, “Portugal’s World Outlook in the Constitution of 1976”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXI, 1995, p. 469 e ss.
- CAUPERS, João, *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, Almedina, 1985
- CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS, *Impacto das Políticas de Reagrupamento Familiar em Portugal*, Relatório Final, 2013

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

- CENZANO, José Carlos de Bartolomé, *El Orden Público como Límite al Ejercicio de los Derechos y Libertades*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002
- CERRONE, Francesco, “Identità civica e diritti degli stranieri”, *Politica del Diritto*, vol. XXVI, n.º 3, 1995, p. 441 e ss.
- CHAN, Annie M., “Community and the Constitution: a Reassessment of the Roots of Immigration Law”, *Vermont Law Review*, vol. 21, 1996-1997, p. 491 e ss.
- CHÉTAIL, Vincent, “Freedom of Movement and Transnational Migrations: a Human Rights Perspective”, AA.VV., *Migration and International Legal Norms*, T. Alexander Aleinikoff & Vincent Chetail (ed.), T.M.C. Asser Press, 2003, p. 47 e ss.
- \_\_\_\_\_ “Le Comité des Nations Unies contre la torture et l'éloignement des étrangers : dix ans de jurisprudence (1994-2004)”, *Revue Suisse de Droit International et Européen*, 2006, n.º 1, p. 63 e ss.
- \_\_\_\_\_ “Migration, Droits de l'Homme et Souveraineté : Le Droit International dans tous ses États”, AA.VV., *Mondialisation, Migration et Droits de l'Homme : le Droit International en Question*, Vincent Chetail (dir.), Bruylant, 2007, p. 13 e ss.
- \_\_\_\_\_ “The Transnational Movement of Persons under General International Law – Mapping the Customary Law Foundations of International Law”, AA.VV., *Research Handbook on International law and Migration*, Vincent Chetail & Céline Bauloz (dir.), Edward Elgar, 2014, p. 1 e ss.
- CHIA, Joyce, “Immigration and its Imperatives”, *European Law Journal*, vol. 15, n.º 6, 2009, p. 683 e ss.
- CHIN, Gabriel J., “Segregation's Last Stronghold: Race Discrimination and the Constitutional Law of Immigration”, *University of California Law Review*, vol. 46, n.º 1, 1998, p. 58 e ss.
- CHOLEWINSKI, Ryszard: “The Protection of the Right of Economic Migrants to Family Reunion in Europe”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 43, n.º 3, 1994, p. 568 e ss.
- \_\_\_\_\_ *Migrant Workers in International Human Rights Law: their protection in countries of employment*, Clarendon Press, 1997
- \_\_\_\_\_ “Borders and Discrimination in the EU”, AA.VV., *Police and Justice Cooperation and the New European Borders*, Malcolm Anderson & Joanna Apap (ed.), Kluwer, 2002, p. 81 e ss.
- \_\_\_\_\_ “Family Reunification and Conditions Placed on Family Members: Dismantling a Fundamental Human Right”, *European Journal of Migration and Law*, vol. 4, 2002, p. 271 e ss.
- \_\_\_\_\_ “No Right of Entry: the Legal Regime on Crossing the EU External Border”, AA.VV., *Search of Europe's Borders*, Kees Groenendijk, Elspeth Guild & Paul Minderoud (ed.), Kluwer Law International, 2003, p. 87 e ss.
- \_\_\_\_\_ “Family Reunification as a Constitutional Right?”, AA.VV., *Justice and Home Affairs in the European Union – Liberty and Security issues after enlargement*, Joanna Apap & Cheltenham (ed.), Edward Elgar, 2004, p. 259 e ss.
- \_\_\_\_\_ “Control of Irregular Migration and EU Law and Policy: A Human Rights Deficit”, AA.VV., *Immigration and asylum law and policy in Europe*, Steve Peers & Nicola Rogers (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 899 e ss.

- 
- \_\_\_\_\_. “The EU Acquis on Irregular Migration Ten Years On: Still Reinforcing Security at the Expenses of Rights?”, AA.VV., *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, Elspeth Guild & Paul Minderhoud (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 127 e ss.
- CLARO, João Martins, “O Princípio da Igualdade”, AA.VV., *Nos Dez Anos da Constituição*, Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 1987, p. 29 e ss.
- CLAYTON, Richard & TOMLINSON, Hugh, *The Law of Human Rights*, Oxford University Press, 2009
- CLUNY, António, “Multiculturalismo, Interculturalismo e Imigração em Portugal no início do séc. XXI”, *Revista do Ministério Público*, n.º 97, 2004, p. 103 e ss.
- COHEN-JONATHAN, Gérard, “Transparence, Démocratie et Effectivité des Droits Fondamentaux dans la Convention Européenne des Droits de l’Homme”, AA.VV., *Protection des Droits de l’Homme: la Perspective Européenne*, Paul Mahoney, Franz Matscher, Herbert Petzold & Luzius Wildhaber (ed.), Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 245 e ss.
- COLLAÇO, Isabel de Magalhães, *Direito Internacional Privado: textos de apoio*, Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1982
- COMBACAU, Jean & SUR, Serge, *Droit International Public*, 6ème Édition, Montchrestien, Paris, 2004
- CONSELHO ECONOMICO SOCIAL, *Portugal, a Europa e as Migrações*, 1995
- CORNELISSE, Galina, “Detention of Foreigners”, AA.VV., *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, Elspeth Guild & Paul Minderhoud (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 207 e ss.
- CORNELIUS, Wayne S., TSUDA, Takeyuki, MARTIN, Philip L. & HOLLIFIELD, James F., *Controlling Immigration – A Global Perspective*, 3rd edition, Stanford University Press, 2014
- CORREIA, A. Ferrer, “Direito Internacional Privado. Direito dos Estrangeiros”, *Boletim do Ministério da Justiça*, vol. 24, 1951, p. 9 e ss.
- \_\_\_\_\_. *Lições de Direito Internacional Privado I*, Almedina, 2000
- CORREIA, Fernando Alves, “Os direitos fundamentais e a sua protecção jurisdicional”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 79, 2003, p. 63 e ss.
- CORREIA, José Sérvulo, “O Direito à Informação e os Direitos de Participação dos Particulares no Procedimento e, em especial, na formação da Decisão Administrativa”, *Cadernos de Ciência de Legislação*, n.º 9/10, 1994, p. 133 e ss.
- CORSI, Cecilia, “Diritti Fondamentali e Cittadinanza”, *Diritto Pubblico*, vol. 3, 2000, p. 792 e ss.
- \_\_\_\_\_. *Lo Stato e lo Straniero*, CEDAM, 2001
- CORSO, Guido, “Ordine Pubblico nel Diritto Amministrativo”, *Digesto delle Discipline Pubblicistiche* Vol. X, UTET, 1995, p. 437 e ss.
- CORTE COSTITUZIONALE, *La Condizione Giuridica dello Straniero Extracomunitario*, Quaderno predisposto in occasione dell’incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese, 25-26 settembre, 2008

- 
- Lo Straniero nella Giuriprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corte costituzionali italiana, spagnola e portoghese, 25-26 settembre, 2008
- CORTE-REAL, Carlos Pamplona & PEREIRA, José Silva, "Art. 9.º - Direito de Contrair Casamento e de Constituir Família", AA.VV., *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Alessandra Silveira & Mariana Canotilho (coord.), Almedina, 2013, p. 129 e ss.
- COSTA, Jean-Paul, "Qui relève de la Juridiction de quel(s) État(s) au sens de l'Article 1<sup>er</sup> de la Convention Européenne des Droits de l'Homme", AA.VV., *Libertés, Justice, Tolérance- Mélanges en Hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, p. 483 e ss.
- 
- "L'État, le Territoire et la Convention Européenne des Droits de l'Homme", AA.VV., *Promoting Justice, Human and Conflict Resolution through International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 190 e ss.
- COSTA, José Manuel Cardoso da, "A tutela dos direitos fundamentais", *Documentação e Direito Comparado*, n.º 5, 1981, p. 201 e ss.
- 
- "A Jurisprudência Constitucional Portuguesa em matéria administrativa", AA.VV., *Estudos em Homenagem a Rogério Soares*, Coimbra Editora, 2001, p. 177 e ss.
- 
- A Jurisdição Constitucional em Portugal*, 3ª Edição, Almedina, 2007
- COSTA, Mário Júlio de Almeida, *História do Direito Português*, 5ª Edição, Almedina, 2012
- COSTA, Paulo Manuel Abreu da Silva, "A Protecção dos Estrangeiros pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem perante processos de Asilo, Expulsão e Extradicação", *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 60, n.º1, 2000, p. 497 e ss.
- COURNIL, Christel, *Le Statut Interne de l'Étranger et les Normes Supranationales*, L'Harmattan, 2005
- COUSSIRAT-COUSTERE, Vincent, "La notion de Famille dans les Jurisprudences de la Commission et de la Cour Européennes des Droits de l'Homme", AA.VV., *Internationalisation des Droits de l'Homme et Évolution du Droit de la Famille*, L.G.D.J., 1996, p. 45 e ss.
- 
- "Les Politiques Migratoires au Sein de l'Union Européenne et la Convention Européenne des Droits de l'Homme", AA.VV., *Mélanges en Hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruylant, 1998, p. 207 e ss.
- 
- "Article 8 §2", AA.VV., *La Convention Européenne des Droits de l'Homme – Commentaire Article par Article*, Louis Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux & Pierre-Henri Imbert (dir.), Economica, 1999, p. 323 e ss.
- 
- "Famille et Convention Européenne des Droits de l'Homme", AA.VV., *Protection des Droits de l'Homme : La Perspective Européenne*, Paul Mahoney, Franz Matscher & Herbert Petzold (ed.), Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 281 e ss.
- COUTURIER-BOURDINIÈRE, Lucile, "La Convention Européenne des Droits de l'Homme et la Protection des Droits des Enfants", AA.VV., *Libertés, Justice, Tolérance - Mélanges en Hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, p. 523 e ss.
- CRAWFORD, James, *The Creation of States in International Law*, 2<sup>nd</sup> Edition, Oxford University Press, 2007

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

- CREGO, María Díaz, “El Derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad : Un derecho de los extranjeros ?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 89, 2010, p. 115 e ss.
- CUNHA, Damião da, “Art. 33.º”, Jorge Miranda, Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra Editora, Wolters Kluwer, 2010, p. 744 e ss.
- CUNHA, Joaquim da Silva & PEREIRA, Maria da Assunção do Vale, *Manual de Direito Internacional Público*, 2ª Edição, Almedina, 2004
- CUNHA, Paulo Ferreira da, *O Procedimento Administrativo*, Almedina, 1987
- CUNIBERTI, Marco, “Espulsione dello Straniero e Libertà Costituzionali”, *Diritto Pubblico*, vol. 3, 2000, p. 817 e ss.
- CURTIN, Deidre, “The Sting is Always in the Tail. The Personal Scope of Application of the EU Charter of Fundamental Rights”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 8, n.º1, 2001, p. 103 e ss.
- CVETIC, Goran, “Immigration Cases in Strasbourg: The Right to Family Life under Article 8 of the European Convention”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 36, n.º 3, 1987, p. 647 e ss.
- D’ORSOGNA, Domenico, “Cultural Diversity, Citizenship, Migration Flows”, AA.VV., *Citizenship and Solidarity in the European Union – From the Charter of Fundamental Rights to the Crisis, the State of Art*, Alessandra Silveira, Mariana Canotilho & Pedro Madeira Froufe (ed.), Peter Lang, 2013, p. 407 e ss.
- DANELIUS, Hans, “Protection Against Torture in Europe and the World”, AA.VV., *The European System for the Protection of Human Rights*, J. MacDonald & F. Matscher H. Petzold (ed.), Kluwer Academic Publishers, 1993, p. 264 e ss.
- DARDENNE, Emmanuelle & WEYEMBERGH, Anne, “Le Franchement des Frontières Extérieures et Intérieures et les Différences de Traitement sur la Base de la Nationalité”, AA.VV., *Union Européenne et Nationalités*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 77 e ss.
- DAUSA, Mariona Illamola, “Égalité et Intégration”, AA.VV., *La Politique Européenne d’Immigration et d’Asile : Bilan Critique Cinq Ans Après le Traité d’Amsterdam*, François Julien Laferrière, Henri Labayle & Örjan Edström (dir.), Bruylant, 2005, p. 175 e ss.
- DAUVERGNE, Catherine, “Making People Illegal”, AA.VV., *Critical Beings – Law, Nation and the Global Subject*, Peter Fitzpatrick & Patricia Tuitt (ed.), Ashgate, 2003, p. 136 e ss.
- \_\_\_\_\_, *Humanitarianism, Identity, and Nation*, UBC Press, 2005
- \_\_\_\_\_, *Making People Illegal – What Globalization Means for Migration and Law*, Cambridge University Press, 2008
- \_\_\_\_\_, “Irregular Migration, State Sovereignty and the Rule of Law”, AA.VV., *Research Handbook on International law and Migration*, Vincent Chetail & Céline Bauloz (dir.), Edward Elgar, 2014, p. 75 e ss.
- DAVIS, Roy W., “Citizenship of the Union... rights for all?”, *European Law Review*, vol. 27, n.º 2, 2002, p. 121 e ss.
- DE BRUYCKER, Philippe, “Vers un Statut des Ressortissants des Pays Tiers dans le Traité d’Amsterdam : Libre Circulation ou Discrimination ?”, AA.VV., *Union Européenne et Nationalités*, Bruylant, 1999, p. 227 e ss.



- 
- “Le Niveau d’ Harmonisation Législative de la Politique Européenne d’Immigration et d’Asile”, AA.VV., *La politique européenne d’immigration et d’asile: bilan critique cinq ans après le traité d’Amsterdam*, François Julien Laferrière, Henri Labayle & Örjan Edström (sup.), Bruylant, 2005, p. 45 e ss.
- 
- “L’Émergence d’une Politique Européenne d’Immigration”, AA.VV., *L’Étranger face au Droit*, Jean-Yves Carlier (dir.) Bruylant, 2010, p. 351 e ss.
- DE SCHUTTER, Olivier, “L’interdiction de Discrimination sur la base de la Nationalité dans le Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques”, AA.VV., *L’Étranger face au Droit*, J.Y. Carlier (org.) Bruylant, 2010, p. 151 e ss.
- DE SCHUTTER, Olivier & TULKENS, Françoise, “Rights in Conflict : The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution” AA.VV., *Conflicts Between Fundamental Rights*, Intersentia, 2008, p. 169 e ss.
- DEBRAY, Jacques, “Les Procédures Judiciaires et Administratives d’Éloignement au Regard des Articles 5 et 6 de la Convention Européenne des Droits de l’Homme et des Libertés Fondamentales”, AA.VV., *Les Étrangers et la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l’Homme et des Libertés Fondamentales*, Hugues Fulchiron (dir.), L.G.D.J., 1999, p. 321 e ss.
- DECAUX, Emmanuel, “Convention Européenne pour la Prévention de la Torture et des Peines ou Traitements Inhumains ou Dégadants”, *Annuaire Français de Droit International*, XXXIV, Éditions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1988, p. 618 e ss.
- 
- “Article II – 81§1 – Non-Discrimination”, AA.VV., *Traité Établissant une Constitution por l’Europe – Commentaire Article par Article – Partie II La Charte des Droits Fondamentaux de l’Union*, Laurence Burgorgue-Larsen, Anne Levade & Frabice Picod (dir.), Bruylant, 2005, p. 289 e ss.
- DECHAUX, Raphaël, “Le Droit au Regroupement Familial”, AA.VV., *L’Étranger : Sujet du Droit et Sujet de Droits*, Thierry Di Manno & Marie-Pierre Élie (dir.), Bruylant, 2008
- DEKEUWER-DEFOSSEZ, Françoise, “Conclusions”, AA.VV., *Le Droit au Respect de la Vie Familiale au sens de la Convention Européenne des Droits de l’Homme*, Frédéric Sudre (dir.), Bruylant, 2002, p. 387 e ss.
- DELGADO, Filomena, “A Extradicação”, *Boletim do Ministério da Justiça*, vol. 367, 1987, p. 23 e ss.
- DENIS-LINTON, Martine, “L’extension du champ d’application de l’article 8 de la Convention Européenne des Droits de l’Homme”, *Revue Française de Droit Administratif*, n.º3, ano 9, 1993, p. 541 e ss.
- DETRICK, Sharon, *The United Nations Convention on the Rights of the Child: A Guide to the “Travaux Préparatoires”*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992
- 
- “Family rights under the United Nations Convention on the Rights of the Child”, AA.VV., *Families across Frontiers*, Nigel Lowe & Gillian Douglas (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 95 e ss.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, Parte Geral II, As Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra Editora, 2009
- DIJK, P. van, “Protection of «Integrated» Aliens against Expulsion under the European Convention on Human Rights”, AA.VV., *Security of Residence and Expulsion - Protection of Aliens in Europe*, Elspeth Guild & Paul Minderhoud (ed.), Kluwer Law International, 2001, p. 23 e ss.
- DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick & PELLET, Allain, *Droit International Public*, 8ème Édition, L.G.D.J., 2009

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

- DOCQUIR, Pierre-François, “Droit à la Vie Privée et Familiale des Ressortissants Étrangers: vers la Mise au Point d’une Protection Floue du Droit de Séjour”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, n.º 60, 2004, p. 921 e ss.
- DOEHRING, Karl, “Aliens, Admission”, *Encyclopedia of Public International Law*, Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht & Rudolf Bernhard (dir.), vol. I, North-Holland, 1992, p. 107 e ss.
- \_\_\_\_\_ “Aliens, Expulsion and Deportation”, *Encyclopedia of Public International Law*, Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht & Rudolf Bernhard (dir.), vol. I, North-Holland, 1992, p. 109 e ss.
- \_\_\_\_\_ “State”, *Encyclopedia of Public International Law*, Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht & Rudolf Bernhard (dir.), vol. II, North-Holland, 1992, p. 423 e ss.
- DOLADO, Juan José, “Los Nuevos Fenómenos Migratorios: Retos y Políticas”, AA.VV., *Las Nuevas Fronteras del Sector Público ante la Globalización*, Antoni Castells & José M.ª Durán (coord.), Marcial Pons, 2004, p. 163 e ss.
- DOLLAT, Patrick, “Le Droit de Vivre en Famille et le Regroupement Familiale en Droit International et Européen”, *Revue Française de Droit Administratif*, n.º 4, 2009, p. 689 e ss.
- DOMENACH, Jacqueline Montain, *L’Europe de la Sécurité Intérieure*, Montchrestien, Paris, 1999
- DOMÍNGUEZ, Francisco Caamaño, “De la Igualdad como Legalidad a la Igualdad como Dignidad. Reflexiones, en clave constitucional, sobre una sociedad decente”, AA.VV., *Extranjería e Inmigración – Atas de las IX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional, 2004, p. 95 e ss.
- DONATI, D., *Stato e Territorio*, Giuffrè, 1924
- DOWTY, Alan, *Closed Borders - The Contemporary Assault on Freedom of Movement*, Yale University Press, 1989
- DROOGHENBROEK, Sébastien Van, *La proportionnalité dans le Droit de la Convention Européenne des Droits de l’Homme: prendre l’idée simple au sérieux*, Bruylant, 2001
- DRZEMCZEWSKI, Andrew, “The Position of Aliens in Relation to the European Convention on Human Rights: A General Survey”, AA.VV., *Human Rights of Aliens in Europe*, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 351 e ss.
- DRZEMCZEWSKI, Andrew & MEYER-LADEWIG, Jens, “Principal characteristics of the new ECHR control mechanism, as established by Protocol n. 11, signed on 11 May 1994: a single European Court of Human Rights is to replace the existing Commission and Court in Strasbourg”, *Human Rights Law Journal*, vol. 15, n.º 3, 1994, p. 81 e ss.
- DUARTE, David, *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*, Almedina, 1996
- DUARTE, Maria Luísa, *A Convenção de Brasília e o Mercado Interno de 1993*, Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1990
- \_\_\_\_\_ *A Liberdade de circulação de pessoas e a ordem pública no Direito Comunitário*, Coimbra Editora, 1992

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

- \_\_\_\_\_. “O Conselho da Europa e a Proteção dos Direitos do Homem”, *Documentação e Direito Comparado*, n.º 39/40, 1989, p. 191 e ss.
- \_\_\_\_\_. *União Europeia e Direitos Fundamentais – No Espaço da Internormatividade*, Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006
- \_\_\_\_\_. “A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia : natureza e meios de tutela”, AA.VV., *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Vol. I, Almedina, 2002, p. 723 e ss.
- \_\_\_\_\_. “A União Europeia e o sistema europeu de protecção dos direitos fundamentais – a chancela do Tratado de Lisboa”, *Cadernos O Direito*, n.º 5, 2010, p. 169 e ss.
- \_\_\_\_\_. “O Tratado de Lisboa e o Sistema Europeu de Protecção dos Direitos Fundamentais”, AA.VV., *A União Europeia Segundo o Tratado de Lisboa – Aspectos Centrais*, Nuno Piçarra (coord.), Almedina, 2011, p. 81 e ss.
- DUBOUT, Edouard, *L’ Article 13 du Traité CE – La clause Communautaire de lute contre les discriminations*, Bruylant, 2006
- \_\_\_\_\_. “Interprétation Téléologique et Politique Jurisprudentielle de la Cour Européenne des Droits de l’Homme”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, n.º 74, 2008, p. 383 e ss.
- DUCOULOMBIER, Peggy, “Conflicts Between Fundamental Rights and the European Court of Human Rights : an Overview”, AA.VV., *Conflicts Between Fundamental Rights*, Intersentia, Oxford, 2008, p. 217 e ss.
- DUCROQUETZ, Anne-Lise, *L’Expulsion des Étrangers en Droit International et Européen*, Université Lille 2, 2007
- DUGUIT, Léon, *Os Elementos do Estado*, 2ª Edição, Eduardo Salgueiro (tradução), Inquérito, 1959
- DUMMET, Anne, “The Transnational Migration of People seen from within a Natural Law Tradition”, AA.VV., *Free Movement : Ethical Issues in the Transnational Migration of People and Money*, Brian Barry & Robert E. Goodin (ed.), Pensilvania State University Press, 1992, p. 169 e ss.
- DUMMET, Anne, NICOL, Andrew, *Subjects, Citizens, Aliens and Others – Nationality and Immigration Law*, Weidenfeld and Nicolson, 1990
- DURÁN, Carlos Villán, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Trotta, 2002
- \_\_\_\_\_. “Los Derechos Humanos y la Inmigración en el Marco de las Naciones Unidas” AA.VV., *Inmigración, Derechos Humanos y Relaciones Internacionales. Antecedentes, Situación Atual y Perspetivas de Futuro*, Unión Régional de UGT de Castilla y León, 2005
- DUTHEIL-WAROLIN, Lydie, “La Cour Européenne des Droits de l’Homme aux Prises avec la preuve de violations du Droit à la Vie ou de l’ Interdiction de la Torture: entre Théorie Classique aménagée et innovation Européenne” in *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, n.º 62, 2005, p. 333 e ss.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977
- EICKE, Tim, “Paradise Lost? Exclusion and Expulsion from the EU”, AA.VV., *Search for Europe’s Borders*, Kees Groenendijk, Elspeth Guild & Paul Minderhoud (ed.), Kluwer International, 2003, pp. 147 e ss.
- EISSEN, Marc-André, “Le Principe de Proportionalité dans la Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l’Homme” *Documentação e Direito Comparado*, n.º 55/56, 1993, p. 279 e ss.

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

- ELLES, Diana, *The Problem of the Applicability of Existing International Provisions for the Protection of Human Rights to Individuals Who Are Not /Citizens of the Country in Which They Live*, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, 1977
- \_\_\_\_\_, *International Provisions Protecting the Human Rights of Non-Citizens*, United Nations, 1980
- ELLIS, Evelyn, *EU Anti-Discrimination Law*, 2nd Edition, Oxford EC Law Library, 2013
- ERIKSSON, Maja Kirilova, “Article 16”, AA.VV., *The Universal Declaration of Human Rights – a Commentary*, Scandinavian University Press, 1992, p. 247 e ss.
- ESPOSITO, Vitalino, “La Liberté des États dans le choix des moyens de mise en oeuvre des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l’Homme”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, n.º 55, 2003, p. 823 e ss.
- ESTEVEZ, Maria da Assunção Andrade, “O Indivíduo como Sujeito de Direito Internacional Público”, *Revista Jurídica*, nova série, n.º 6, 1986, p. 185 e ss.
- ESTÉVEZ, José B. Acosta, “El Principio de la Dignidad de la Persona Humana y el Régimen Jurídico de Extranjería”, AA.VV., *Derecho de la Inmigración y Derecho de la Integración. Una visión múltiple: Union Europea, Canadá, España, Québec y Cataluña*, Universitat de Girona, 2002, p. 100 e ss.
- ESTIN, Ann Laquer, “Families and Children in International Law: An Introduction”, *Transnational Law & Contemporary Problems*, n.º 12, 2002, p. 271 e ss.
- EU NETWORK OF INDEPENDENT EXPERTS ON FUNDAMENTAL RIGHTS, *Commentary of the Charter of Fundamental Right of the European Union*, 2006
- EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE NON-DISCRIMINATION FIELD, *Links between Migration and Discrimination*, European Commission, 2009
- EVANS, Malcolm & MORGAN, Rod, “The European Convention for the Prevention of Torture: Operational Practice”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 41, 1992, p. 590 e ss.
- FARAHAT, Anuscheh, “The Exclusiveness of Inclusion: On the Boundaries of Human Rights in Protecting Transnational and Second Generation Migrants”, *European Law Journal*, vol. 11, n.º 3, 2009, p. 253 e ss.
- \_\_\_\_\_, “‘We want you! But...’ Recruiting Migrants and Encouraging Transnational Migration Through Progressive Inclusion”, *European Law Journal*, vol. 15, n.º 6, 2009, p. 700 e ss.
- FAUCHILLE, Paul, *Traité de Droit International Public*, Tome I, 8ème edition, Rousseau, Paris, 1922
- FAVELL, Adrian & GEDDES, Andrew, *European Integration, Immigration and the Nation State: Institutionalising Transnational Political Action?*, European University Institute, 1999
- FÉRAUD-GIRAUD, MM. L.J.D. & e BAR, Ludwig von, “Règles internationales sur l’admission et l’expulsion des étrangers”, *Annuaire de l’Institut de Droit International*, XII, 1984, p. 219 e ss.
- FERNANDES, António Monteiro, *Direito do Trabalho*, 16ª Edição, Coimbra, 2012
- FERNANDES, Carlos, *A Extradução e o Respetivo Sistema Português*, Coimbra Editora, 1996
- FERNANDES, Sophie Perez, “Artigo 7º - Respeito pela Vida Privada e Familiar”, AA.VV., *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Alessandra Silveira & Mariana Canotilho (coord.), Almedina, 2013, p. 103 e ss.

- 
- “Artigo 33º - Vida Familiar e Vida Profissional”, AA.VV., *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Alessandra Silveira & Mariana Canotilho (coord.), Almedina, 2013, p. 391 e ss.
- FERRAJOLI, Luigi, *Diritti Fondamentali – un Dibattito Teorico*, 3ª Edição, Editora Laterza, 2008
- FERRAN, Nicolas, “La Politique de Maîtrise des Flux Migratoires et le Respect des Droits et Libertés Constitutionnels”, *Revue de Droit Public*, n.º1, 2004, p. 275 e ss.
- FERRÃO, Marisa Caetano, “A Protecção Diplomática – Contributo para a Compreensão do seu Regime Jurídico”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLIX, ns.º 1 e 2, 2008, p. 341 e ss.
- FERREIRA, Eduardo de Sousa, RATO, Helena & MORTÁGUA, Maria João, *Viagens de Ulisses: Efeitos da Imigração na Economia Portuguesa*, Alto-Comissariado para a Imigração e Minorias Étnicas, 2004
- FERREIRA, Rui Elói, “A Expulsão de Estrangeiros”, *Boletim da Ordem dos Advogados*, vol. 31, 2004, p. 40 e ss.
- FERRONI, Ugo, “Incolato (diritto di)”, *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Vol. XIII, UTET, 1995, p. 549 e ss.
- FIALAIRE, Jacques, MONDIELLI, Éric, *Droits Fondamentaux et Libertés Publiques*, Elypses, 2005
- IORE, Pasquale, *Il diritto internazionale codificato e la sua sanzione giuridica*, 5ªEd., Unione tipografico-editrice torinese, 1915
- FITZPATRICK, Joan, “The Human Rights of Migrants”, AA.VV., *Migration and International Legal Norms*, T. Alexander Aleinikoff & Vincent Chetail (ed.), T.M.C. Asser Press, 2003, p. 167 e ss.
- FLAUSS, Jean-François, “La présence de la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis d’Amerique dans le contentieux Européen des Droits de l’Homme”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, n.º 62, 2005, p. 313 e ss.
- 
- “L’Étranger, entre Souveraineté Nationale et Droits de l’Homme”, AA.VV., *L’Étranger face au Droit*, J.Y. Carlier (org.) Bruylant, 2010, p. 45 e ss.
- FLORES, Fernando, “Los derechos fundamentales de los extranjeros irregulares”, AA.VV., *Problemas Constitucionales de la Inmigración: una visión desde Italia y España*, Miguel Revenga Sánchez (coord.), Giuffrè Editore, 2005, p. 153 e ss.
- FONSECA, Maria Luísa *et al.*, *Reunificação Familiar e imigração em Portugal*, Estudos do Observatório da Imigração, vol. 15, ACIME, 2005
- FOURLANOS, Gerassimos, *Sovereignty and the Ingress of Aliens*, Almqvist & Wiksell International, 1987
- FREEMAN, Gary P., “Migration and the Political Economy of the Welfare-State”, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, n.º 485, 1986, p. 51 e ss.
- FREIXES, Teresa & CARBONELL, José Carlos Remotti, “Los Derechos de los Extranjeros en la Constitución Española y en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Político*, n.º 44, 1998, p. 103 e ss.
- GAL, Annaïck Fernández le, “Los Derechos Fundamentales de los Extranjeros en Situación Irregular”, AA. VV. *Inmigración y Derecho de los Extranjeros*, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, 2005, p. 67 e ss.

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

- GALOPPINI, Annamaria, “Ricongiungimento Familiar e Poligamia”, *Il Diritto di Famiglia e delle Personne*, vol. 29, n.º2, 2002, 739 e ss.
- GAMMELTOFT-HANSEN, Thomas, “Extraterritorial Migration Control and the Reach of Human Rights”, AA.VV., *Research Handbook on International Law and Migration*, Vincent Chetail & Céline Bauloz (dir.), Edward Elgar, 2014, p. 113 e ss.
- GARCIA, Maria da Glória, *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*, Almedina, 2005
- GARCIA-JOURDAN, Sophie, *L'émergence d'un espace européen de liberté, sécurité et justice*, Bruylant, 2005
- GARDBAUM, Stephen, “Human Rights as International Constitutional Rights”, *The European Journal of International Law*, vol. 19, n.º4, 2008, p. 749 e ss.
- GASPAR, António Henriques, “A prática do Comité da ONU contra a tortura e a comparação entre a Proteção Internacional Europeia”, *Revista do CEJ*, n.º 6, 2007, p. 107 e ss.
- GASPAR, Jorge, “A Autorização de permanência e a integração dos imigrantes (uma análise político-jurídica)”, *O Direito*, n.º 133, 2001, vol. IV, p. 959 e ss.
- GEDDES, Andrew, *The Politics of Migration and Immigration in Europe*, Sage Publications, 2003
- GENEVOIS, Bruno, “Un Statut Constitutionnel pour les Étrangers”, *Revue Française de Droit Administratif*, n.º 5, 1993, p. 871 e ss.
- GERARDS, Janneke, “Discrimination Grounds”, AA.VV., *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International non-Discrimination Law*, D. Schiek, L. Waddington & M. Bell (ed.), Hart Publishing, 2007
- GIL, Ana Rita, “Do Reconhecimento de Efeitos Jurídicos a Casamentos Poligâmicos”, *Working Papers da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, 2008
- \_\_\_\_\_ “Um Caso de Europeização do Direito Constitucional Português – A Afirmação de um Direito Fundamental ao Reagrupamento Familiar”, *Revista de Direito Público*, ano I, 2009, n.º2, p. 9 e ss.
- \_\_\_\_\_ “A Detenção de Imigrantes na Jurisprudência Nacional e Internacional”, AA.VV., *Muros que Nos Separam – A Detenção de Requerentes de Asilo e Migrantes Irregulares na UE*, Edições Paulinas/Serviço Jesuíta aos Refugiados, 2010, p. 159 e ss.
- \_\_\_\_\_ “Princípios de Direito da Nacionalidade – sua consagração no ordenamento jurídico Português”, *O Direito*, 142, 2010, vol. IV, p. 723 e ss.
- \_\_\_\_\_ “Novo Mundo / Velha Europa – a comparação entre o Direito da Imigração no Canadá e na União Europeia”, AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. I, Almedina, 2011, p. 157 e ss.
- \_\_\_\_\_ “Extradição”, AA.VV., *Enciclopédia de Direito Internacional*, Manuel de Almeida Ribeiro, Francisco Pereira Coutinho & Isabel Cabrita (coord.), Almedina, 2011, p. 212 e ss.
- \_\_\_\_\_ “Estrangeiro”, AA.VV., *Enciclopédia de Direito Internacional*, Manuel de Almeida Ribeiro, Francisco Pereira Coutinho & Isabel Cabrita (coord.), Almedina, 2011, p. 206 e ss.
- \_\_\_\_\_ “Reagrupamento Familiar”, AA.VV., *Enciclopédia de Direito Internacional*, Manuel de Almeida Ribeiro, Francisco Pereira Coutinho & Isabel Cabrita (coord.), Almedina, 2011, p.388 e ss.

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

- \_\_\_\_\_ “Artigo 19.º - Proteção em caso de Afastamento, Expulsão ou Extradicação”, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 244 e ss.
- \_\_\_\_\_ “Direito e Política Europeia em matéria de luta contra a imigração ilegal”, AA.VV., *Liber Amicorum em Homenagem a Prof. Doutor João Mota de Campos*, António Pinto Pereira, Henrique Sousa Antunes, Manuel de Almeida Ribeiro & Sofia Oliveira Pais (coord.), Coimbra Editora, 2013, p. 17 e ss.
- \_\_\_\_\_ “Extradicação”, AA.VV., *Enciclopédia da Constituição Portuguesa*, Jorge Bacelar Gouveia & Francisco Pereira Coutinho (coord.), Quid Juris, 2013, p. 151 e ss.
- \_\_\_\_\_ “Imigração, Raça e Terrorismo”, *Pontos de Vista*, <http://www.fd.unl.pt/Anexos/9804.pdf>, 2015
- GOLDMAN, Robert Kogod & MARTIN, Scott, “International Legal Standards Relating to the Rights of Aliens and Refugees and United States Immigration Law”, *Human Rights Quarterly*, vol. 5, n.º 3, 1983, p. 302 e ss.
- GOLSON, Heribert, “Interpreting the European Convention on Human Rights beyond the Confines of the Vienna Convention on the Law of Treaties?”, AA.VV., *The European System for the Protection of Human Rights*, Ronald St. MacDonald, Franz Matscher & Herbert Petzhold (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 147 e ss.
- GOMES, Carla Amado, “A Evolução do Conceito de Soberania – Tendências Recentes”, *Scientia Iuridica*, Tomo XLVII, n.º 274-276, 1998, p. 185 e ss.
- \_\_\_\_\_ “The Administrative Condition of Immigrants: General Aspects and Topic Remarks”, *Revista de Direito Público*, ano 2, 2010, n.º 3, p. 9 e ss.
- GOMES, Carla Amado & LEÃO, Anabela Costa, *A Condição de Imigrante – Uma análise de Direito Constitucional e de Direito Administrativo*, Almedina, 2010
- GOMES, Charles P., “Les Limites de la Souveraineté – les Changements Juridiques dans les cas d’Immigration en France et aux États Unis”, *Revue Française de Science Politique*, vol. 50, n.º 3, 2000, p. 413 e ss.
- GOMIEN, Donna, “State Powers and the best interest of the child under article eight of the European Convention on Human Rights”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 7, n.º 4, 1989, p. 435 e ss.
- GONÇALVES, Pedro, “Notificação dos Atos Administrativos”, AA.VV., *Ab Uno ad Omnes – 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra Editora, 1995, p. 1091 e ss.
- GOODWIN-GILL, Guy S., *International Law and the Movement of Persons Between States*, Clarendon Press, 1978
- \_\_\_\_\_ “The Status and Rights of Nonnationals”, AA.VV., *Constitutionalism and Rights*, Louis Henkin & Albert Rosenthal (ed.), Columbia University Press, 1990, p. 151 e ss.
- GOODWIN-GILL, Guy S., MCADAM, Jane, *The Refugee in International Law*, 3<sup>rd</sup> edition, Oxford University Press, 2007
- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, “A evolução da protecção dos direitos fundamentais no espaço comunitário”, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra Editora, 2001, p. 17 e ss.
- \_\_\_\_\_ “A Europa e o «Estrangeiro»: Talo(s) ou Cristo”, *A Inclusão do Outro, Studia Iuridica*, 66, Coimbra Editora, 2002, p. 49 e ss.
- \_\_\_\_\_ *Direito da União*, 7ª Edição, Coimbra, Almedina, 2014

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

- GORTAZAR, Cristina, “Abolishing Border Controls: Individual Rights and Common Control of EU External Borders”, AA.VV., *Implementing Amsterdam*, Elspeth Guild & Carol Harlow (ed.), Hart Publishing, 2002, p. 121 e ss.
- GOUTTENORE, Adeline, “Article II – 84 – Droits de l’Enfant”, AA.VV., *Traité Établissant une Constitution pour l’Europe – Commentaire Article par Article – Partie II La Charte des Droits Fondamentaux de l’Union*, Laurence Burgorgue-Larsen, Anne Levade & Fabrice Picod (dir.), Bruylant, 2005, p. 332 e ss.
- \_\_\_\_\_ “Les Droits et Obligations découlant de la Vie Familiale”, AA.VV., *Le Droit à Une Vie Familiale*, Jean-Jacques Lemouland & Monique Luby (dir.), Dalloz, 2007, p. 77 e ss.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Os Direitos Fundamentais Atípicos*, Aequitas, 1995
- \_\_\_\_\_ “A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição Portuguesa”, *Revista de Informação Legislativa*, ano 35, n.º139, 1998, p. 261 e ss.
- \_\_\_\_\_ “Regulação e Limites dos Direitos Fundamentais”, AA.VV., *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 2º suplemento, Lisboa, 2001, p. 450 e ss.
- \_\_\_\_\_ “A Lei da Anti-Discriminação Racial no Novo Direito Português da Igualdade Social”, *Themis*, ano III, n.º 5, 2002, p. 5 e ss.
- \_\_\_\_\_ “A Afirmação dos Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Contemporâneo”, *Direitos Humanos – Teorias e Práticas*, Paulo Ferreira da Cunha (org.), Almedina, 2003, p. 53 e ss.
- \_\_\_\_\_ *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, 4ª Edição, Almedina, 2011
- \_\_\_\_\_ *Manual de Direito Internacional Público*, 4ª Edição, Almedina, 2013
- \_\_\_\_\_ *Manual de Direito Constitucional*, vol. I, 5ª Edição, Almedina, 2013
- GRATALOUP, Sylvain, *L’enfant et sa famille dans les normes européennes*, L.G.D.J., 1998
- GREWE, Constance, “Le Juge Constitutionnel et l’interprétation Européenne”, AA.VV., *L’interprétation de la Convention Européenne des Droits de l’Homme*, Frédéric Sudre (dir.) Bruylant, 1998, p. 199 e ss.
- GRONENDIJK, Kees, “Security of Residence and Access to Free Movement for Settled Third Country Nationals under Community Law”, AA.VV., *Implementing Amsterdam*, Elspeth Guild & Carol Harlow (ed.), Hart Publishing, 2002, p. 225 e ss.
- \_\_\_\_\_ “Four Questions about Human Beings without the Right Papers”, AA.VV., *Irregular Migration and Human Rights : Theoretical, European and International Perspectives*, Barbara Boguz, Ryszard Colewinski, Adam Cygan & Erika Szyszczak (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. xvii e ss.
- \_\_\_\_\_ “Family reunification as a right under community law”, *European Journal of Migration and Law*, vol. 8, 2006, p. 215 e ss.
- \_\_\_\_\_ “The Long-Term Residents Directive, Denizenship and Integration”, AA.VV., *Whose Freedom, Security and Justice?*, Anneliese Baldaccini, Elspeth Guild & Helen Toner (ed.), Hart Publishing, 2007, p. 429 e ss.



- 
- \_\_\_\_\_. “Introduction: Migration and Law in Europe”, AA.VV., *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, Elspeth Guild & Paul Minderhoud (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 1 e ss.
- 
- \_\_\_\_\_. “Recent Developments in EU Law on Migration: the Legislative Patchwork and the Court’s Approach”, *European Journal of Migration and Law*, vol. 19, 2014, p. 313 e ss.
- GROSS, Manuel & FROMENT, Jean-Charles, “Composantes Jurisprudentielles de la notion d’ Ordre Public”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à L’Étranger*, n.º2, 1996, p. 536 e ss.
- GROTIUS, Hugo, *The Freedom of the Seas, or the Right Which Belongs to the Dutch to take part in the East Indian Trade*, Ralph Van Deman Magoffin (trad.), Oxford University Press, 1916.
- 
- \_\_\_\_\_. *The Rights of War and Peace*, vol. II, Jean Barbeyrac (ed.), Liberty Fund, 2005
- GUAZZAROTTI, Andrea, “Lo Straniero, I Diritti, L’Eguaglianza”, *Questione Giustizia*, n.º1, 2009, p. 87 e ss.
- GUEDES, Armando M. Marques, *Teoria Geral do Estado*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1979
- GUERRERA, Ida Nicotra, *Territorio e Circolazione delle Persone Nell’Ordinamento Costituzionale*, Giuffrè Editore, 1995
- GUIA, Maria João, “Imigração e Criminalidade”, *Segurança e Defesa*, n.º 9, 2009, p. 20 e ss.
- GUILD, Elspeth, *Immigration Law in the European Community*, Kluwer Law International, 2001
- 
- \_\_\_\_\_. “Primary Immigration: The Great Myths”, AA.VV., *Implementing Amsterdam*, Elspeth Guild & Carol Harlow (ed.), Hart Publishing, 2002, p. 65 e ss.
- 
- \_\_\_\_\_. “The Border Abroad – Visas and Border Controls”, AA.VV., *Search of Europe’s Borders*, Kees Groenendijk, Elspeth Guild & Paul Minderhoud (ed.), Kluwer Law International, 2003, p. 87 e ss.
- 
- \_\_\_\_\_. *The Legal Elements of European identity – EU Citizenship and Migration Law*, Kluwer Law, The Hague, 2004
- 
- \_\_\_\_\_. “The Variable Subject of the EU Constitution, Civil Liberties and Human Rights”, *European Journal of Migration and Law*, vol. 6, 2005, p. 381 e ss.
- 
- \_\_\_\_\_. “Citizens without a Constitution, Borders without a State: EU Free Movement of Persons”, AA.VV., *Whose Freedom, Security and Justice?*, Annelise Baldaccini, Elspeth Guild & Helen Toner (ed.), Hart Publishing, 2007, p. 25 e ss.
- 
- \_\_\_\_\_. “Immigration and the Lisbon Treaty: Understanding the EU’s New Role”, AA.VV., *A União Europeia Segundo o Tratado de Lisboa – Aspectos Centrais*, Nuno Piçarra (coord.), Almedina, 2011, p. 157 e ss.
- 
- \_\_\_\_\_. “Labour Migration and the European Union”, AA.VV., *Research Handbook on International law and Migration*, Vincent Chetail & Céline Bauloz (dir.), Edward Elgar, 2014, p. 368 e ss.
- GUILD, Elspeth & PEERS, Steve, “Out of the Ghetto? The Personal Scope of EU Law”, AA.VV., *Immigration and asylum law and policy in Europe*, Steve Peers & Nicola Rogers, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 81 e ss.
- GUIRAUDON, Virgine, *International Human Rights norms and their incorporation: the protection of aliens in Europe*, European University Institute, 1998

- 
- \_\_\_\_\_*Les Politiques d'Immigration en Europe – Allemagne-France-Pays-Bas*, L'Harmattan, 2000
- 
- \_\_\_\_\_"Including Foreigners in National Welfare States: Institutional Venues and Rules of the Game", AA.VV., *Restructuring the Welfare State : Political Institutions and Policy Change*, Bo Rothstein & Sven Steinmo (ed.), Palgrave, 2002, p. 129 e ss.
- GUIZOT, François, *Della sovranità*, Editoriale Scientifica, 1998
- HÄBERLE, Peter, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Carocci, 1993
- HABERMAS, Jürgen, "Citizenship and National Identity", AA.VV., *Theorizing Citizenship*, Ronald Beiner (ed.), State University of New York Press, 1995, p. 255 e ss.
- HAILBRONNER, Kay, *Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union*, Kluwer Law International, 2000
- HALLESKOV, Louise, "The Long-Term Residents Directive: A Fulfilment of the Tampere Objective of Near-Equality?", *European Journal of Migration and Law*, vol. 7, 2006, p. 181 e ss.
- HANDOLL, John, "The Long-Term Residents Directive", AA.VV., *Immigration and Asylum law of the European Union: current debates*, Jean Yves Carlier & Philippe de Bruycker (ed.), Bruylant, 2005, p. 144 e ss.
- HARDY, Julien, "The Objective of Directive 2003/86 is to Promote the Family Reunification of Third-Country Nationals", *European Journal of Migration and Law*, vol. 14, 2012, p. 439 e ss.
- HART, Betty, "Love Thy Neighbour: Family Reunification and the Rights of Insiders", *European Journal of Migration and Law*, vol. 11, 2009, p. 235 e ss.
- HATHAWAY, James C., *The rights of refugees under international law*, Cambridge University Press, 2005
- HAURIOU, André & GICQUEL, Jean, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 7ème edition, Montchrestien, 1980
- HAYTER, Teresa, *Open Borders, The Case Against Immigration Control*, 2nd edition, Pluto Press, 2004
- HEDEMANN-ROBINSON, Martin, "An Overview of Recent Legal Developments at Community Level in Relation Third Country Nationals Resident Within the European Union, with particular reference to the Case-Law of the European Court of Justice", *Common Market Law Review*, vol. 38, n.º 3, 2001, p. 525 e ss.
- HENCKAERTS, Jean-Marie, *Mass Expulsion in Modern International Law and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
- HENKIN, Louis, "The Human Rights Idea in Contemporary China: a Comparative Perspective", AA.VV., *Human Rights in Contemporary China*, Andrew Nathan, Louis Henkin & R. Randle Edwards (ed.), Columbia University Press, 1986, p. 7 e ss.
- 
- \_\_\_\_\_"The Constitution and United States Sovereignty: A Century of Chinese Exclusion and its Progeny", *Harvard Law Review*, vol. 100, 1987, p. 853 e ss.
- 
- \_\_\_\_\_"Immigration and the Constitution: A Clean Slate", *Virginia Journal of International Law*, vol. 35, 1994-1995, p. 333 e ss.
- HENNEBEL, Ludovic, *La Jurisprudence du Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies*, Bruylant, 2007.
- HIGGINS, Rosalyn, "Extradition, the Right to Life, and the Prohibition against Inhuman Punishment and Treatment: Similarities and Differences under the ECHR and ICCPR", AA.VV., *Protection des Droits de*

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

- l'Homme: la perspective Européenne – Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Paul Mahoney, Franz Matscher, Herbert Petzold & Luzius Wildhaber (ed.), Heymanns, 2000, p. 605 e ss.
- HOBBS, Thomas, *The Elements of Law*, 2<sup>nd</sup> Edition, Taylor & Francis, 1969
- \_\_\_\_\_, *On The Citizen*, Cambridge University Press, 1998
- HOEKSM, Jaap & SCHOENMAKER, *A Polity called EU. Essays on the Exercise of Sovereignty in the European Union and the Euro Area*, Wolf Legal Publishers, 2011
- HOLLIFIELD, James F., “The Emerging Migration State”, AA.VV., *Rethinking Migration: New Theoretical and Empirical Perspectives*, A. Portes & J. De Wind (org.), Berghahn Books, 2007, p. 62 e ss.
- HOMEM, António Pedro Barbas, *História das Relações Internacionais - O Direito e as Condições Políticas na Idade Moderna*, Almedina, 2003
- HUBLET, Chloé, “The Scope of Article 12 of the Treaty of the European Communities vis-à-vis Third-Country Nationals: Evolution at Last?”, *European Law Journal*, vol. 15, n.º 6, 2009, p. 757 e ss.
- HUYSMANS, Jef, “The European Union and the Securitization of Migration”, *Common Market Studies*, vol. 38, n.º5, 2000, p. 751 e ss.
- IEVEN, Aagje, “Privacy Rights in Conflict: in Search of the Theoretical Framework behind the European Court of Human Rights’ Balancing of Private Life against other Rights”, AA.VV., *Conflicts Between Fundamental Rights*, Eva Brems (ed.), Intersentia, 2008, p. 39 e ss.
- INTERNATIONAL ORGANISATION FOR MIGRATION, *Glossary on Migration*, Richard Perruchoud & Jillyanne Redpath-Cross (ed.), 2<sup>nd</sup> Edition, IOM, 2011
- IRABURU, Ines Arriaga, *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, EUNSA – Ediciones Universidade de Navarra, 2003
- JACOBS Francis G., & WHITE, Robin L.A., *The European Convention on Human Rights*, 6<sup>th</sup> Edition, Oxford University Press, 2014
- JACQUE, Jean-Paul, “Article II – 105 – Liberté de Circulation et de Séjour ”, AA.VV., *Traité Établissant une Constitution pour l’Europe – Commentaire Article par Article – Partie II La Charte des Droits Fondamentaux de l’Union*, Laurence Burgorgue-Larsen, Anne Levede & Fabrice Picod (dir.), Bruylant, 2005, p. 573 e ss.
- JACQUELOT, Fanny, “Les Garanties Nationales et Supranationales des Étrangers en matière de Droits Sociaux”, AA.VV., *L’Étranger : Sujet du Droit et Sujet de Droits*, Thierry di Manno & Marie-Pierre Élie (org.) Bruylant, 2008, p. 259 e ss.
- JACQUOT-GUILLARMOD, Olivier, “Règles, Méthodes et Principes d’Interprétation dans la Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l’Homme”, AA.VV., *La Convention Européenne des Droits de l’Homme – Commentaire Article par Article*, Louis Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux & Pierre-Henri Imbert (dir.), Economica, 1999, p. 41 e ss.
- JANINI, Tomás de la Quadra-Salcedo, “El Derecho de residencia como derecho a tener derechos en los sistemas políticos compuestos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 87, 2009, p. 109 e ss.
- JASTRAM, Kate, “Family Unity”, AA.VV., *Migration and International Legal Norms*, T. Alexander Aleinikoff & Vincent Chetail (ed.), T.M.C. Asser Press, 2003, p. 85 e ss.

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

- JASTRAM, Kate & NEWLAND, Kathleen, “Family Unity and Refugee Protection”, AA.VV., *Refugee Protection in International Law. UNCHR’s Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, 2003
- JAULT-SESEKE, Fabienne, *Le Regroupement Familial en Droit Comparé Français et Allemand*, L.G.D.J., 1996
- JAYAWICKRAMA, Nihal, *The Judicial Application of Human Rights Law*, Cambridge University Press, 2003
- JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*, 2ª Edição, tradução de Fernando de los Rios, Editorial Albatros, 1978
- JERONIMO, Patrícia, “Imigração e minorias em tempo de diálogo intercultural – Um olhar sobre Portugal e a União Europeia”, *Scientia Iuridica*, Tomo L, n.º 317, 2009, p. 7 e ss.
- \_\_\_\_\_, “Imigração e Cidadania na União Europeia. Estatuto do Residente de Longa Duração”, AA.VV., *Direito da União Europeia e Transnacionalidade*, Alessandra Silveira (coord.), Quid Iuris, 2010, p. 325 e ss.
- JOHN, Arturo, *Family Reunification for migrants and refugees: a forgotten human right? in* [http://www.fd.uc.pt/hrc/working\\_papers/arturojohn.pdf](http://www.fd.uc.pt/hrc/working_papers/arturojohn.pdf), 2005
- JOHNSON, Kevin R., *The Huddled Masses Myth – Immigration and Civil Rights*, Temple University Press, 2003
- JOPPKE, Christian, *Immigration and the Nation-State: The United States, Germany, and Great Britain*, Oxford University Press, 1999
- JORGE, Nuno de Lemos, “Diretiva 2003/86/CE, do Conselho, de 22 de setembro de 2003, relativa ao Direito ao Reagrupamento Familiar”, *Lex Familiae*, n.º 4, 2005, p. 131 e ss.
- JULIEN-LAFERRIERE, François, “Article II - 79”, AA.VV., *Traité Établissant une Constitution pour l’Europe – Commentaire Article par Article – Partie II La Charte des Droits Fondamentaux de l’Union*, Laurence Burgogues-Larsen, Anne Levade & Fabrice Picod (dir.), Bruylant, 2005, p. 269 e ss.
- \_\_\_\_\_, “Droit des Étrangers et Principe d’Égalité”, AA.VV., *L’Étranger face au Droit*, J.Y. Carlier (org.) Bruylant, 2010, p. 247 e ss.
- JULIEN-LAFERRIERE, François, & JOUANT, Nathalie “L’Éloignement des Ressortissants de Pays Tiers”, AA.VV., *La politique européenne d’immigration et d’asile: bilan critique cinq ans après le traité d’Amsterdam*, François Julien Laferrière, Henri Labayle & Örjan Edström (sup.), Bruylant, 2005, p. 203 e ss.
- JUSTO, António Santos, *Direito Privado Romano – I, Parte Geral*, 5ª Edição, Coimbra Editora, 2011
- KALIN, Walter, “Article 33, para. 1.”, AA.VV., *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and Its 1967 Protocol: a Commentary*, Zimmermann (ed.), Oxford University Press, 2011, p. 1345 e ss.
- KANT, Immanuel, *A Paz Perpétua – Um Projeto Filosófico*, Artur Morão (trad.), Universidade da Beira Interior, 2008
- KARAGIANNIS, Syméon, “Expulsion des Étrangers et Mauvais Traitements Imputables à l’État de Destination ou à des Particuliers”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, n.º 37, 1999, p. 33 e ss.
- KARYDIS, Georges, “L’Ordre Public dans l’Ordre Juridique Communautaire : un concept à contenu variable”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, n.º 1, 2002, p. 1 e ss.
- KELSEN, Hans, *Esencia y Valor de la Democracia*, tradução de Rafael Luengo Tapia e Luis Legaz y Lacambra, Ediciones Guadarrama, 1977

- 
- \_\_\_\_\_*Teoria Geral do Direito e do Estado*, 4ª Edição, tradução de Luís Carlos Borges, Martins Fontes, 2003
- KEMPEES, Peter, “«Legitimate Aims» in the Case-Law of the European Court of Human Rights”, AA.VV., *Protection des Droits de l'Homme: la Perspective Européenne*, Paul Mahoney, Franz Matscher, Herbert Petzold & Luzius Wildhaber (ed.), Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 659 e ss.
- KILKELLY, Ursula, “Nsona v. the Netherlands: The Treatment of Minors and the European Convention on Human Rights”, *International Journal of Refugee Law*, n.º 8, 1996, p. 640 e ss.
- \_\_\_\_\_*The Child and the European Convention on Human Rights*, Ashgate, 2000
- KISSANGULA, Justin, *La Constitution Française et les Étrangers*, L.G.D.J., 2001
- KLINGSBERG, Ethan, “Penetrating the Entry Doctrine: Excludable Aliens’ Constitutional Rights in Immigration Process”, *The Yale Law Journal*, vol. 98, n.º 3, 1989, p. 639 e ss.
- KOLB, Robert, “La jurisprudence internationale en matière de torture et de traitements inhumains ou dégradants”, *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, vol. 15, n.º 7, 2003, p. 254 e ss.
- KONVITZ, Milton R., *Civil Rights in Immigration*, Greenwood Press Publishers, 1977
- KOSER, Khalid, *International Migration – a Very Short Introduction*, Oxford University Press, 2007
- KOSTAKOPOULOU, Dora, “Irregular Migration and Migration Theory: Making State authorisation less relevant”, AA.VV., *Irregular Migration and Human Rights : Theoretical, European and International Perspectives*, Barbara Boguz, Ryszard Colewinski, Adam Cygan & Erika Szyszczak (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 41 e ss.
- KOSTAKOPOULOU, Dora & THOMAS, Robert, “Unweaving the Threads: Territoriality, National Ownership of Land and Asylum Policy”, *European Journal of Migration and Law*, vol. 6, 2004, p. 5 e ss.
- KURZBAN, Ira J., *Kurzban’s Immigration Law Sourcebook*, 14th Edition, American Immigration Law Foundation, 2014
- LABAYLE, Henri, “L’ Éloignement des Étrangers”, *Revue Universelle des Droits de L’Homme*, vol. 3, n.º 7-9, 1991, p. 296 e ss.
- \_\_\_\_\_*“Le droit de l’étranger à mener une vie familiale normale, lecture nationale et exigences européennes”*, *Revue Française de Droit Administratif*, n.º3, 1993, p. 511 e ss.
- \_\_\_\_\_*“L’ article 8 de la Convention Européenne des Droits de l’ Homme et le Droit de l’ Étranger au respect de sa vie privée et familiale”*, AA.VV., *Les Étrangers et La Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l’ Homme et des Libertés Fondamentales*, Hugues Fulchiron (dir.), L.G.D.J., 1999, p. 83 e ss.
- \_\_\_\_\_*“Le Bilan du Mandat de Tampere et l’Espace de Liberté, Sécurité et Justice de l’Union Européenne”*, *Cahiers de Droit Européen*, n.º5-6, 2004, p. 600 e ss.
- \_\_\_\_\_*“L’ Union Européenne et l’Immigration. Une véritable politique commune ?”*, AA.VV., *Mélanges en l’Honneur de Franck Moderne : Mouvement du Droit Public : du Droit Administratif au droit Constitutionnel : dur Droit Français aux Autres droits*, Dalloz, 2004, p. 1217 e ss.

- \_\_\_\_\_. “Vers une Politique Commune de l’Asile et de l’Immigration dans L’Union Européenne”, AA.VV., *La politique européenne d’immigration et d’asile: bilan critique cinq ans après le traité d’Amsterdam*, François Julien Laferrière, Henri Labayle & Örjan Edström (sup.), Bruylant, 2005, p. 127 e ss.
- \_\_\_\_\_. “Droits de l’Homme et sécurité intérieure de l’Union européenne, l’équation possible”, *Revue des Affaires Européennes*, n.º 1, 2006, p. 93 e ss.
- \_\_\_\_\_. “Le droit des étrangers au regroupement familial, regards croisés du droit interne et du droit européen”, *Revue Française de Droit Administratif*, n.º1, 2007, p. 101 e ss.
- \_\_\_\_\_. “La Diversité des Sources du Droit à une vie Familiale ”, AA.VV., *Le Droit à Une Vie Familiale*, Jean-Jacques Lemouland & Monique Luby (dir.), Dalloz, 2007, p. 1 e ss.
- LAHAV, Gallya, *Immigration and Politics in the New Europe*, Cambridge University Press, 2004
- LAHUERTA, Sara Benedi, “Race Equality and TCNs, or How to Fight Discrimination with a Discriminatory Law”, *European Law Journal*, vol. 15, n.º 6, 2009, p. 738 e ss.
- LAMBERT, Hélène, “The European Court of Human Rights and the right of refugees and other persons in need of protection to family reunion”, *International Journal of Refugee Law*, n.º3, 1999, p. 427 e ss.
- \_\_\_\_\_. *The Position of Aliens in relation to the European Convention on Human Rights*, 3rd Edition, Council of Europe Publishing, 2006
- \_\_\_\_\_. “Family Unity in Migration Law: The Evolution of a More Unified Approach in Europe”, AA.VV., *Research Handbook on International law and Migration*, Vincent Chetail & Céline Bauloz (dir.), Edward Elgar, 2014, p. 194 e ss.
- LANGROGNET, Fabrice, “L’Intérêt Supérieur de l’Enfant lors de l’Éloignement des Étrangers”, *Revue Française de Droit Administratif*, n.º 6, 2014, p. 1131 e ss.
- LARANJO, José Frederico, *Princípios de Direito Político e Direito Constitucional Português*, Fascículo I, Imprensa da Universidade de Coimbra, 1907
- LAUTERPACHT, Hersch, *Function of Law in the International Community*, Clarendon Press, 1933
- \_\_\_\_\_. *An International Bill of the Rights of Man*, Columbia University Press, 1945
- LEÃO, Anabela Costa, “Ac. TC n.º 232/04 (expulsão de estrangeiros com filhos menores a cargo)”, *Jurisprudência Constitucional*, n.º3, 2004, p. 25 e ss.
- \_\_\_\_\_. “A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Protegendo Direitos a um Nível Multidimensional”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano II, 2006, p. 41 e ss.
- LEGOMSKY, Stephen, “Immigration Law and the Principle of Plenary Congressional Power”, *The Supreme Court Review*, vol. 1984, p. 255 e ss.
- \_\_\_\_\_. *Immigration and the Judiciary – Law and Politics in Britain and America*, Clarendon Press, 1987
- \_\_\_\_\_. “Fear and Loathing in Congress and the Courts: Immigration and Judicial Review”, *Texas Law Review*, vol. 78, 2000, p. 1615 e ss.
- \_\_\_\_\_. “Portraits of the Undocumented Immigrant: A Dialogue”, *Georgia Law Review*, vol. 44, 2009, n.º 65, p. 2 e ss.

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

- 
- \_\_\_\_\_. “Rationing Family Values in Europe and America: an Immigration Tug of War Between States and their Supra-National Associations”, *Georgetown Immigration Law Journal*, vol 25, 2011, n.º 4, p. 807 e ss.
- 
- \_\_\_\_\_. “A USA Comparative Perspective on the European Immigration Policy”, AA.VV., *A União Europeia Segundo o Tratado de Lisboa – Aspectos Centrais*, Nuno Piçarra (coord.), Almedina, 2011, p. 175 e ss.
- 
- \_\_\_\_\_. “Immigration Policy from Scratch: The Universal and the Unique”, *William & Mary Bill of Rights Journal*, vol. 21, n.º 2, 2012, p. 339 e ss.
- 
- \_\_\_\_\_. “The removal of Irregular Migrants in Europe and America”, AA.VV., *Research Handbook on International law and Migration*, Vincent Chetail & Céline Bauloz (dir.), Edward Elgar, 2014, p. 148 e ss.
- LEGOMSKY, Stephen & RODRÍGUEZ, Cristina, *Immigration and Refugee Law and Policy*, 5<sup>th</sup> Edition, Foundation Press, 2009
- LEITÃO, José, “Direitos e Imigração”, *Direito e Cidadania*, n.º 4, 1998, p.131 e ss.
- LEITÃO, José & ALMEIDA, Luís Nunes de, “Les Droits et Libertés des Étrangers en Situation Irrégulière - Portugal”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, Economica, 1998, p. 297-309
- LESTER, Anthony, “East African Asians versus the United Kingdom: The Inside Story”, 2003, [http://www.odysseustrust.org/lectures/221\\_east\\_african\\_asians-sharma.pdf](http://www.odysseustrust.org/lectures/221_east_african_asians-sharma.pdf) (acedido em 26/09/2015)
- LESTER, Anthony & BINDMAN, Geoffrey, *Race and Law*, Penguin, Hammondsworth, 1972
- LEVINET, Michel, “L’éloignement des étrangers délinquants et l’article 8 de la Convention Européenne des Droits de l’Homme”, *Revue Trimestrielle des Droits de L’Homme*, n.º 37, 1999, p. 89 e ss.
- 
- \_\_\_\_\_. “La Cour Européenne des Droits de l’Homme de plus en plus compréhensive à l’égard des mesures d’éloignement des étrangers délinquants”, *Revue Trimestrielle des Droits de L’Homme*, n.º 42, 2000, p. 301 e ss.
- LEWIS-ANTHONY, Sian, & SCHEININ, Martin, “Treaty-based procedures for making human rights complaints within the UN system”, AA.VV., *Guide to International Human Rights Practice*, 4th ed., Hurst Hannum (ed.), Ardsley, 2004, p. 43 e ss.
- LICERAS, Juan Soroeta & AROCENAIN, María Dolores Bollo “La protección de la persona en Derecho internacional”, AA.VV., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Carlos Fernandez de Casadevante (coord.) Dilex, 2011, p. 29 e ss.
- LILLICH, Richard B., *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*, Manchester University Press, 1984
- LINDAHL, Hans, “Ius Includendi et Excludendi: Europe and the Borders of Freedom, Security and Justice”, *King’s College Law Journal*, vol. 16, n.º1, 2005, p. 234 e ss.

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

- LINO, Joana Roque, “O Estatuto dos Nacionais de Países Terceiros Residentes de Longa Duração no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça (Directiva 2003/109/CE do Conselho, de 25 de novembro de 2003)”, *Revista de Direito Público*, n.º 8, 2012, p. 57 e ss.
- LLORENTE, Francisco Rubio, “Constitucion Europea o Reforma Constitucional? ”, AA.VV., *Perspetivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*, vol. II, Jorge Miranda (org.), Coimbra Editora, 1997, p. 695 e ss.
- \_\_\_\_\_, “Les Droits et Libertés des Étrangers en Situation Irrégulière - Espagne”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, Economica, 1998, p. 167 e ss.
- LOBO, António da Rosa Gama, *Princípios de Direito Internacional*, vol. I, Impensa Nacional, 1865
- LOCHAK, Danièle, “Qu'est-ce qu'un réfugié? La construction politique d'une catégorie juridique”, *Pouvoirs*, n.º 144, 2013, p. 33 e ss.
- LÓPEZ, Blanca Ruiz & VIEYTEZ, Eduardo J. Ruiz, *Las Políticas de Inmigración: la Legitimación de la Exclusión*, Universidad de Deusto, 2001
- LÓPEZ, Francisco Javier Quel, “La Protección Internacional de los Derechos Humanos: Aspectos Generales”, AA.VV., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Carlos Fernandez de Casadevante (coord.) Dilex, 2011, p. 99 e ss.
- LOPRIENO, Donatella, “Protecting Fundamental Rights of Migrants in (ir)regular Situations During Economic Crisis”, AA.VV., *Citizenship and Solidarity in the European Union – From the Charter of Fundamental Rights to the Crisis, the State of Art*, Alessandra Silveira, Mariana Canotilho & Pedro Madeira Froufe (ed.), Peter Lang, 2013, p. 327 e ss.
- LOUCAIDES, Loukis G., *The European Convention on Human Rights – Collected Essays*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007
- LOUREIRO, João Carlos, “Proteger é Preciso, Viver Também: A Jurisprudência Constitucional Portuguesa e o Direito da Segurança Social”, *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Coimbra Editora, 2009, p. 255 e ss.
- LUCAS, Javier de, *El Desafío de las Fronteras. Derechos Humanos y Xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de Hoy, 1994
- \_\_\_\_\_, “Inmigración, ciudadanía, derechos: el paradigma de la exclusión”, AA.VV., *Derechos Culturales y Derechos Humanos de los Inmigrantes*, María Eugenia Rodríguez Palop & Andrés Tornos (ed.), Universidad Pontificia de Comillas, 2000, p. 13 e ss.
- \_\_\_\_\_, “El Marco Jurídico Internacional de las Migraciones: Algunas consideraciones sobre la Protección de los Derechos Humanos de los Inmigrantes: Acerca del Derecho a ser Inmigrante”, AA.VV., *Un Mundo sin Desarraigo: El Derecho Internacional de las Migraciones*, Fernando M. Mariño Menéndez (coord.), Catarata, 2006
- LÚCIO, Laborinho, “Artigo 5.º - Direito a não ser submetido a Tortura”, AA.VV., *Repensar a Cidadania nos 50 Anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos*, Editorial Notícias, 1998



## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

- LYON, Beth, “Detention of Migrants: Harsher Policies, Increasing International Law Protection”, AA.VV., *Research Handbook on International law and Migration*, Vincent Chetail & Céline Bauloz (dir.), Edward Elgar, 2014, p. 173 e ss.
- MAC CRORIE, Benedita, “A Pena de Morte como Tortura ou Tratamento Desumano ou Degradante”, AA.VV., *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Diogo Freitas do Amaral, Carlos Ferreira de Almeida, & Marta Tavares de Almeida (coord.), vol. I, Almedina, 2008, p. 195 e ss.
- MAÇÃS, Maria Fernanda, “A suspensão judicial da eficácia dos atos administrativos e a garantia constitucional da tutela jurisdicional efetiva”, AA.VV., *Estudos sobre a Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Coimbra Editora, 1996, p. 325 e ss.
- MACHADO, Igor José de Renó, “A condição obscura: reflexões sobre as políticas de imigração e controle de estrangeiros em Portugal”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 92, 2011, p. 125 e ss.
- MACHADO, Jónatas, *Direito Internacional – do Paradigma Clássico ao Pós 11 de setembro*, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2013
- MACHETE, Pedro, *A Audiência dos Interessados no Procedimento Administrativo*, Universidade Católica Editora, 1995
- MACHETE, Pedro & VIOLANTE, Teresa, *O Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade na Jurisprudência Constitucional, também em relação com a Jurisprudência dos Tribunais Europeus*, Relatório Apresentado pelo Tribunal Constitucional à XV Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais de Espanha, Itália e Portugal, 2013
- MACHETE, Rui, “A Garantia Contenciosa para obter o reconhecimento de um direito ou interesse legalmente protegido”, *Cognitio*, 1987
- MACRÌ, Fabio, “La Corte di giustizia sul diritto al ricongiungimento familiare dei cittadini di Stati terzi: la sentenza *Parlamento c. Consiglio*”, *Il Diritto dell’Unione Europea*, n.º 4, 2006, p. 793 e ss.
- MADIOT, Yves, “Un Statut Européen de l’Étranger dans la Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l’Homme”, AA.VV., *La Condition Juridique de l’Étranger Hier et Aujourd’hui*, Katolieke Universiteit Nijmegen, 1988, p. 42 e ss.
- MADUREIRA, João, “La Jurisprudence des organes de la Convention Européenne des Droits de L’Homme et de la Charte Sociale Européenne concernant l’entrée et la sortie des étrangers du territoire d’un État”, *Revista de Documentação e Direito Comparado*, 1989, p. 123 e ss.
- MAGALHÃES, José Calvet de, “Extradição”, *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. IV, 1991, p. 314 e ss.
- MAHONEY, Paul, “Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights : Two Sides of the Same Coin”, *Human Rights Law Journal*, vol. 11, 1990, p. 60 e ss. e p. 123 e ss.
- MALHEIROS, Jorge Macaísta, “Velhas e novas geografias da imigração em Portugal”, *Janus, Anuário de Relações Exteriores*, 2003, p. 62 e ss.
- MALHEIROS, Jorge Macaísta & BAGANHA, Maria Ioannis “Imigração ilegal em Portugal : padrões emergentes em inícios do séc. XXI”, *Janus, anuário de relações exteriores*, 2001, p. 190 e ss.
- MANCA, Luigino, *L’Immigrazione nel Diritto dell’Unione Europea*, Giuffrè Editore, 2003

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

- MANSON, Edward, "The Admission of Aliens", *Journal of the Society of Comparative Legislation*, vol. 4, n.º 2, 1902, p. 114 e ss.
- MARGUÉNAUD, Jean-Pierre, "Le Droit à une Vie Familiale pour les Étrangers", AA.VV., *Le Droit à Une Vie Familiale*, Jean-Jacques Lemouland, Monique Luby (dir.), Dalloz, 2007, p. 27 e ss.
- \_\_\_\_\_ *La Cour Européenne des Droits de l'Homme*, 6e Édition, Dalloz, 2012
- MARIANO, João Cura, *O Direito da Família na Jurisprudência do Tribunal Constitucional Português*, Relatório do Tribunal Constitucional, 2010
- MARÍN, Ruth Rubio, "La inclusion del Inmigrante: un reto para las democracias constitucionales", AA.VV., *Extranjería e Inmigración – Atas de las IX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional, 2004, p. 13 e ss.
- MARÍN Ruth Rubio & O'CONNELL, Rory, "The European Convention and the Relative Rights of Resident Aliens", *European Law Journal*, vol. 5, n.º 1, 1999, p. 4 e ss.
- MARQUES, Pedro Garcia, "Artigo 25.º - Direito à Integridade Pessoal", Jorge Miranda, Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra Editora, Wolters Kluwer, 2010, p. 551 e ss.
- MARTIN, Ana Gemma López, "El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos: El Consejo de Europa y la Carta Social", AA.VV., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Carlos Fernandez de Casadevante (coord.) Dilex, 2011, p. 223 e ss.
- MARTIN, David, "The Authority and Responsibility of States", AA.VV., *Migrations and International Legal Norms*, T. Alexander Aleinikoff & Vincent Chetail (ed.), T.M.C. Asser Press, 2003, p. 31 e ss.
- MARTIN, Denis, "La Cour de Justice et le Droit au Regroupement Familial: Trop ou Trop Peu!", *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, n.º 74, 2008, p. 595 e ss.
- \_\_\_\_\_ "The Privileged Treatment of Turkish Nationals", AA.VV., *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, Elspeth Guild & Paul Minderhoud (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 75 e ss.
- MARTÍN, Helena Pérez, "Libertad de Circulación y de Residencia: Ciudadanía e Inmigración en la Constitución Europea", AA.VV., *Colóquio Ibérico: Constituição Europeia – Homenagem ao Doutor Francisco Lucas Pires*, *Studia Iuridica*, Coimbra Editora, 2005, p. 593 e ss.
- MARTÍN, José Manuel Cortés, "Inmigración Y Derecho a la reunificación familiar en la Unión Europea: Mínimo común denominador de las políticas nacionales?", *Anuario de Derecho Europeu*, Universidad de Sevilla, n.º 4, 2004, p. 27 e ss.
- MARTÍN, Laura Miraut, "Los Objetivos de las Políticas de Inmigración", AA.VV., *Justicia, Migración y Derecho*, Dykinson, 2004, p. 333 e ss.
- MARTINEZ, Diego Boza, *Los Extranjeros Ante El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2007
- \_\_\_\_\_ "Derecho de Extranjería y Jurisprudencias del Tribunal Constitucional, El Tribunal Europeu de Derechos Humanos Y El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2012-2013)", *Anuario de la inmigración en España*, 2014, p. 273 e ss.
- MARTINEZ, Juan Manuel Goig, "El Derecho a la Reagrupación Familiar de los Inmigrantes", *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 14, 2004, p. 239 e ss.

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

- MARTINEZ, M. Gregorio Peces-Barba, “Les Droits de l’Homme et la Condition des Étrangers”, *La Condition des Étrangers*, Actes de la Réunion Multilatérale Organisée par le Conseil de l’Europe, Conseil de l’Europe, 1994, p. 19 e ss.
- 
- \_\_\_\_\_ *Curso de Derechos Fundamentales – Teoría General*, Boletín Oficial del Estado, 1995
- MARTINEZ, Pedro Romano, “Alterações de regime jurídico e tutela de direitos adquiridos”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano LII, 2011, n.º 3-4, p. 87 e ss.
- MARTINS, Ana Maria Guerra, *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*, Almedina, 2004
- 
- \_\_\_\_\_ “As Garantias Jurisdicionais dos Direitos Humanos no Direito Internacional Regional”, AA.VV., *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, vol. I, Coimbra Editora, 2006, p. 117 e ss.
- 
- \_\_\_\_\_ *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Almedina, 2006
- 
- \_\_\_\_\_ “A Protecção Jurisdicional dos Direitos Fundamentais no Espaço de Liberdade, de Segurança e de Justiça”, AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Oliveira Ascensão*, vol. I, Almedina, 2008, p. 521 e ss.
- 
- \_\_\_\_\_ *A Igualdade e a Não Discriminação dos Nacionais de Estados Terceiros Legalmente Residentes na União Europeia – Da Origem na Integração Económica ao Fundamento na Dignidade do Ser Humano*, Almedina, 2010
- 
- \_\_\_\_\_ “Algumas Notas sobre o Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça no Tratado de Lisboa”, *Cadernos O Direito*, n.º5, 2010, p. 13 e ss.
- 
- \_\_\_\_\_ “Os Fundamentos Axiológicos da União Europeia após o Tratado de Lisboa. Um estudo sobre o artigo 2.º do TUE”, AA.VV., *A União Europeia Segundo o Tratado de Lisboa – Aspectos Centrais*, Nuno Piçarra (coord.), Almedina, 2011, p. 47 e ss.
- 
- \_\_\_\_\_ “Constitucionalismo Europeu e Direitos Fundamentais após o Tratado de Lisboa”, Ana Maria Guerra Martins, *Ensaios sobre o Tratado de Lisboa*, Almedina, 2011, p. 103 e ss.
- 
- \_\_\_\_\_ “Does the Treaty of Lisbon Really Implement Equal and Non-Discrimination Treatment of Third-Country Nationals?”, Ana Maria Guerra Martins, *Ensaios sobre o Tratado de Lisboa*, Almedina, 2011, p. 179 e ss.
- MARTINS, Ana Maria Guerra, & ROQUE, Miguel Prata, *A Tutela Multinível dos Direitos Fundamentais – A Posição do Tribunal Constitucional Português*, Relatório Apresentado pelo Tribunal Constitucional à XVI Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais de Espanha, Itália e Portugal, 2014
- MARTINS, Patrícia Fragoso, *Da proclamação à garantia efetiva dos direitos fundamentais : em busca de um due process of law na União Europeia*, Principia, 2007
- MARTINS, Rosa Cândido, “Artigo 24- Direitos das Crianças”, AA.VV., *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Alessandra Silveira & Mariana Canotilho (coord.), Almedina, 2013, p. 298 e ss.
- MASSON, Bénédicte, “L’harmonisation des conditions du regroupement familial: la Cour fait sa leçon sur le titre IV CE”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, n.º 4, 2006, p. 673 e ss.

- 
- “Un Enfant n'est pas un Étranger comme les Autres”, *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, n.º 71, 2007, p. 823 e ss.
- MATIAS, Gonçalo Saraiva, *Migraes e Cidadania*, Fundao Francisco Manuel dos Santos, 2014
- MATIAS, Gonçalo Saraiva & MARTINS, Patrícia Fragoso, *A Conveno Internacional sobre a Proteo dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias – Perspetivas e Paradoxos nacionais e Internacionais em matéria de Imigração*, ACIDI, Presidência do Conselho de Ministros, 2007
- MATSCHER, F., “Methods of Interpretation of the Convention”, AA.VV., *The European System for the Protection of Human Rights*, J. MacDonald & F. Matscher H. Petzold (ed.), Kluwer Academic Publishers, 1993, p. 63 e ss.
- MAYER, Pierre & Heuz, VINCENT, *Droit International Priv*, 10me dition, Montchrestien, 2010
- MCGLYNN, Clare, “Families and the European Union Charter of Fundamental Rights: progressive change or entrenching the status quo?” *European Law Review*, vol. 26, n.º 6, 2001, p. 582 e ss.
- MEDEIROS, Rui, “A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a Convenção dos Direitos do Homem e o Estado Português”, AA.VV., *Evolução constitucional e perspetivas futuras: nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976*, Associação Acadmica da Faculdade de Direito, 2001, p. 227 e ss.
- MEDEIROS, Rui, CORTs, António, “Artigo 26.º - Outros Direitos Pessoais” Jorge Miranda, Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra Editora, Wolters Kluwer, 2010, p. 603 e ss.
- MEERSCH, W.J. Ganshof van der, “Réflexions sur les méthodes d' Interprétation de La Cour Européenne des Droits de l'Homme”, *Documentao e Direito Comparado*, n.º 11, 1982, p. 105 e ss.
- MELIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand, “Article II-80 – galit en Droit”, AA.VV., *Traité établissant une Constitution por l'Europe – Commentaire Article par Article – Partie II La Charte des Droits Fondamentaux de l'Union*, Laurence Burgorgue-Larsen, Anne Levade & Fabrice Picod (dir.), Bruylant, 2005, p. 283 e ss.
- MELO, Barbosa de, “Parâmetros Constitucionais da Justiça Administrativa”, AA.VV., *Reforma do Contencioso Administrativo* – vol. I, Coimbra Editora, 2003, p. 363 e ss.
- MELO, Frederico Alcântara de, “Extradicação e Tribunal Penal Internacional– O Regime Português em casos que envolvam pena de morte ou pena de prisão perpétua”, *Working Papers*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2002, disponível in <http://www.fd.unl.pt>
- MENDES, Duarte Miranda, “Estrangeiro”, AA.VV., *Enciclopédia da Constituição Portuguesa*, Jorge Bacelar Gouveia & Francisco Pereira Coutinho (coord.), Quid Juris, 2013, p. 145 e ss.
- MENDES, João de Castro, “Direitos, Liberdades e Garantias – Alguns aspetos gerais”, AA.VV., *Estudos sobre a Constituição*, Iº vol., Livraria Petrony, 1977, p. 93 e ss.
- 
- “Art. 36.º, n.º1 (Família e Casamento)”, AA.VV., *Estudos sobre a Constituição*, vol. I, Livraria Petrony, 1977, p. 93 e ss.
- MESQUITA, Maria José Rangel de, *Os Direitos Fundamentais dos Estrangeiros na Ordem Jurídica Portuguesa: uma Perspetiva Constitucional*, Almedina, 2013

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

- \_\_\_\_\_. “Artigo 47.º - Direito à ação e a um tribunal imparcial”, AA.VV., *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Alessandra Silveira & Mariana Canotilho (coord.), Almedina, 2013, p. 537 e ss.
- MESQUITA, Maria José Rangel de & MACHADO, Cristina Sousa, *Extradução e mandado de detenção europeu enquanto formas de cooperação internacional em matéria penal e fiscalização da constitucionalidade*, Tribunal Constitucional, 2012
- MIGUEL, Carlos Ruiz, *El Derecho a la Protección de la Vida Privada en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Editorial Civitas, 1994
- MILIOS, Georgios, “Family Reunification for Third-Country Nationals: Minimum Age for Spouses, Integration Measures and the Application of the Individual Assessment. Comments on Noorzia and Dogan”, *European Journal of Migration and Law*, vol. 17, 2015, p. 127 e ss.
- MINCHEVA, Elitsa “Case Report on Kadzoev, 30 November 2009”, *European Journal of Migration and Law*, vol. 12, 2010, p. 362 e ss.
- MIRANDA, Jorge, “A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição”, AA.VV., *Estudos sobre a Constituição*, 1º vol., Livraria Petrony, 1977, p. 49 e ss.
- \_\_\_\_\_. “Território”, AA.VV., *Estudos sobre a Constituição*, 1º vol., Livraria Petrony, 1978, p. 73 e ss.
- \_\_\_\_\_. “O direito de informação dos administrados”, *O Direito*, 120, 1988, p. 457 e ss.
- \_\_\_\_\_. “A Cidadania e o Acesso ao Território do Estado”, AA.VV., *O Asilo em Portugal*, vol. I, Conselho Português para os Refugiados, 1994, p. 29 e ss.
- \_\_\_\_\_. “Ordem Pública”, *Verbo – Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura, Edição Século XXI*, vol. 21, Editorial Verbo, 1998, p. 901e ss.
- \_\_\_\_\_. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo III e IV, 6ª Edição, Coimbra Editora, 2010
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Internacional Público*, 5ª Edição, Principia, 2012
- MIRANDA, Jorge & MEDEIROS, Rui, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1ª Edição, Coimbra Editora, 2005
- \_\_\_\_\_. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2010
- MODERNE, Franck, “Droit des Étrangers”, AA.VV., *Libertés et Droits Fondamentaux*, Mireille Delmas-Marty & Claude Lucas de Leyssac (dir.), 2ème Édition, Éditions du Seuil, 2002, p. 325 e ss.
- MOECKLI, Daniel, *Human Rights and Non-discrimination in the ‘War on Terror’*, Oxford University Press, 2008
- MOLÉS, Eduardo Roig, “Los Derechos de los Extranjeros: titularidad e limitación”, AA.VV., *Problemas Constitucionales de la Inmigración: una visión desde Italia y España*, Miguel Revenga Sánchez (coord.), Giuffrè Editore, 2005, p. 587 e ss.
- MONAR, Jörg, “The Problems of Balance in EU Justice and Home Affairs and the Impact of 11 September”, AA.VV., *Police and Justice Cooperation and the New European Borders*, Malcolm Anderson, Joanna Apap (edit), Kluwer, 2002, p. 165 e ss.

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

- MONEY, Jeannette, “Human Rights Norms and Immigration Control”, *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, Fall 1998/Winter 1999, vol. 3, p. 497 e ss.
- MONIZ, Ana Raquel “O Direito de Impugnação Judicial de atos administrativos na Constituição de 1976 e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional”, *Jurisprudência Constitucional*, n.º 6, 2005, p.49 e ss.
- MOUCHEBOUEF, Alcidia, *Minority Rights Jurisprudence*, Council of Europe Publishing, 2006
- MOUNTEFIELD, Helen, “The Concept of Lawful Interference with Fundamental Rights”, AA.VV., *Understanding Human Rights Principles*, Jeffrey Jowell & Jonathan Cooper (ed.) Hart Publishing, 2001, p. 5 e ss.
- MOREAU, Thierry, “Le Mineur Étranger est-il davantage un Mineur ou un Étranger?”, AA.VV., *L’Étranger face au Droit*, Jean-Yves Carlier (dir.), Bruylant, 2010, p. 455 e ss.
- MOREIRA, Vital, “A Carta e a Adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos do Homem (CEDH)”, AA.VV., *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra Editora, 2001, p. 89 e ss.
- MORENO, Beatriz González, *El Estado social ; Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Civitas, 2002
- MOTA, Henrique, “Le Principe de la Liste Ouverte en Matière de Droits Fondamentaux”, AA.VV., *La Justice Constitutionnelle au Portugal*, Pierre Bon (dir.), Economica, 1989, p. 186 e ss.
- MOTOMURA, Hiroshi, “Whose Immigration Law: Citizens, Aliens and the Constitution”, *Columbia Law Review*, vol. 97, n.º 5, 1997, p. 1567 e ss.
- \_\_\_\_\_ “Immigration outside the Law”, *Columbia Law Review*, vol. 108, n.º 8, 2008, p. 2037 e ss.
- MOWBRAY, Alastair, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, Hart Publishing, 2004
- MULDER, Céline Van, “Le Droit au Respect de la Vie Privée des Étrangers”, *Revue Française de Droit Administratif*, n.º4, 2001, p. 797 e ss.
- MUIR, Elise, “Enhancing the Protection of Third-Country Nationals Against Discrimination : Putting EU Anti-Discrimination Law to the Test”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 18, n.º 1-2, 2011, p. 136 e ss.
- MURRAY, John, “Le Conseil de l’Europe et les migrations internationales”, AA.VV., *Les Étrangers et la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l’Homme et des Libertés Fondamentales*, Hugues Fulchiron (dir.), L.G.D.J., 1999, p. 17 e ss.
- NAFZIGER, James A. R., “The General Admission of Aliens under International Law”, *American Journal of International Law*, vol. 77, 1983, p. 804 e ss.
- NATALE, Virginie, “Les Droits Procéduraux des Étrangers à l’Entrée et à la Sortie du Territoire dans les systèmes de Common Law”, AA.VV., *L’Étranger : Sujet du Droit et Sujet de Droits*, Thierry di Manno & Marie-Pierre Élie (org.) Bruylant, 2008, p. 287 e ss.
- NASCIMBENE, Bruno, *Il Trattamento dello Straniero nel Diritto Internazionale ed Europeo*, Giuffrè Editore, 1984
- NAVARRO, Cristina Sánchez-Rodas, “Las Uniones Matrimoniales y Extramatrimoniales en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea: su impacto en la Esfera de la Protección de los Trabajadores Inmigrantes”, *Anuario de Derecho Europeo*, n.º4, 2004, p. 73 e ss.
- NERAUDAU-D’UNIENVILLE, Emmanuelle, *Ordre Public et Droit des Étrangers en Europe*, Bruylant, 2006

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

- NESSEL, Lori A., “Human Dignity or State Sovereignty? The Roadblocks to full Realization of the UN Migrant Workers Convention”, AA.VV., *Research Handbook on International law and Migration*, Vincent Chetail & Céline Bauloz (dir.), Edward Elgar, 2014, p. 329 e ss.
- NEUMAN, Gerald L., *Strangers to the Constitution: Immigrants, Borders and Fundamental Law*, Princeton University Press, 1996
- NEVES, Alexandra Chicharro das, *Os Direitos do Estrangeiro – Respeitar os Direitos do Homem*, Alto Comissariado para a Imigração e Diálogo Intercultural, 2011
- NIKKEN, Pedro, *La Protección Internacional de los Derechos Humanos – Su Desarrollo Progresivo*, Civitas/ Instituto Interamericano del los Derecho Humanos, 1987
- NOLL, Gregor, “Why Human Rights Fail to Protect Undocumented Migrants”, *European Journal of Migration and Law*, n.º 12, 2010, p. 241 e ss.
- NOVAIS, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, 2004
- \_\_\_\_\_, *Direitos Fundamentais, Trunfos contra a Maioria*, Coimbra Editora, 2006
- \_\_\_\_\_, *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, 2010
- \_\_\_\_\_, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2010
- NOVOGRODSKY, Noah Benjamin, “The Use and Abuse of *Jus Nexi*”, *The Ethics Forum*, vol. 7, n.º 2, 2012, p. 50 e ss.
- NOWAK, Manfred, *Introduction to the International Human Rights Regime*, Martinus Nijhoff Publishers, 2003
- NYKÄNEN, Eeva, “Protecting Children? The European Convention on Human Rights and Child Asylum Seekers”, *European Journal of Migration and Law*, vol. 3, 2001, p. 315 e ss.
- NYS, Mylène, “La Protection des Droits Fondamentaux des Citoyens au Regard de la Libre Circulation des Personnes dans le Processus de Construction de Nouveaux Espaces Européens”, AA.VV., *La Protection de l'Étranger dans une Europe Bouleversée*, André Nayer (dir.) La Charte, 1996, p. 15 e ss.
- \_\_\_\_\_, *L'Immigration Familiale à l'épreuve du droit*, Bruylant, 2002
- ODA, Shigeru “The Individual in International Law”, *Manual of Public International Law*, M. Sørensen (ed.), Macmillan, 1968, p. 469 e ss.
- OLIVEIRA, Andreia Sofia Pinto de, *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa: Âmbito de Proteção de um Direito Fundamental*, Coimbra Editora, 2009
- \_\_\_\_\_, “Legitimidade processual na intimação para proteção do direito ao reagrupamento familiar - Ac. do TCA Sul de 9.12.2010, p. 6606/10”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 86, 2011, p. 27 e ss.
- OLIVEIRA, Carlos Pamplona de, *A Jurisprudência Constitucional sobre Cidadãos Estrangeiros*, Relatório apresentado no encontro trianual dos Tribunais Constitucionais de Portugal, Espanha e Itália, em Madrid, 26 e 27 de setembro de 2008

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

- OLIVEIRA, Catarina Reis, CANCELA, João & FONSECA, Vera, *Country Report: Portugal, Project Family Reunification – a barrier or facilitator of integration?*, ACIDI, 2012
- OLIVEIRA, Mário Esteves de, GONÇALVES, Pedro Costa, AMORIM, J. Pacheco de, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2ª Edição, Almedina, 2005
- ONIDA, Valerio, “Lo statuto costituzionale del non-citadino”, *Diritto e Società*, n.º 3-4, 2009, p. 537 e ss.
- OPPENHEIM, L., *International Law – A Treatise*, 5th edition, H. Lauterpacht (ed.), Longmans, Green and Co., 1937
- ORGAD, Liav, “Cultural Defence’ of Nations: Cultural Citizenship in France, Germany and the Netherlands”, *European Law Journal*, vol. 15, n.º 6, 2009, p. 719 e ss.
- OOSTEROM-STAPLES, Helen, “The Family Reunification Directive: A Tool Preserving Member State Interest or Conductive to Family Unity”, AA.VV., *Whose Freedom, Security and Justice*, Anneliese Baldaccini, Elspeth Guild & Helen Toner (edit.), Hart Publishing, 2007, p. 451 e ss.
- OST, François, “Originalité des methods d’interprétation de la C.E.D.H.”, AA.VV., *Raisonner la Raison d’État*, M. Delmas-Marty, (org.), PUF, 1989
- OTERO, Paulo, “Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: A Inconstitucionalidade de normas constitucionais?”, *O Direito*, 122, 1990, vol. III-IV, p. 603 e ss.
- \_\_\_\_\_ “Direitos Históricos e não Tipicidade Pretérita dos Direitos Fundamentais”, AA.VV., *Ab Uno AD Omnes – 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra Editora, 1998, p. 1061 e ss.
- \_\_\_\_\_ “Fragmentação da Constituição Formal”, AA.VV., *O Direito Contemporâneo em Portugal e no Brasil*, Ives Gandra da Silva Martins & Diogo Leite de Campos (coord.), Editora Saraiva, 2004, p. 31 e ss.
- OVEY, Clare, “The margin of appreciation and Article 8 of the Convention”, *Human Rights Law Journal*, vol. 19, 2002, p.10 e ss.
- PAIVA, Vicente Ferrer Neto, *Elementos de Direito das Gentes*, 3ª Edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850
- PASSAGLIA, Paolo & ROMBOLI, Roberto, “La condizione giuridica dello straniero nella prospective della Corte costituzionale”, AA.VV., *Problemas Constitucionales de la Inmigración: una visión desde Italia y España*, Miguel Revenga Sánchez (coord.), Giuffrè Editore, 2005, p. 11 e ss.
- PASSAVANT, Paul A., “The Paradox of Human Rights”, AA.VV., *Critical Beings – Law, nation and the Global Subject*, Peter Fitzpatrick & Patricia Tuitt (ed.), Ashgate, 2003, p. 137 e ss.
- PASTORE, Ferruccio, “Famiglie Immigrate e Diritti Occidentali: Il Diritto di Famiglia Musulmano in Francia e in Italia”, *Rivista di Diritto Internazionale*, anno 1993, vol. LXXVI, p. 73 e ss.
- PÉCOUD, Antoine & GUCHTENEIRE, Paul: “Migration, Human Rights and the United Nations: an Investigation into the Obstacles to the UN Convention on Migrant Workers’ Rights”, *Windsor Yearbook of Access to Justice*, vol. 24, 2006, p. 241 e ss.
- PEERS, Steve: “Towards Equality: Atual and Potential Rights of Third-Country Nationals in the European Union”, *Common Market Law Review*, n.º 33, 1996, p. 7 e ss.
- \_\_\_\_\_ “Immigration, Asylum and the European Union Charter of Fundamental Rights”, *European Journal of Migration and Law*, vol. 3, 2001, p. 141 e ss.



- \_\_\_\_\_. “Implementing Equality? The Directive on Long-Term Resident third-country nationals”, *European Law Review*, vol. 29, n.º 4, 2004, p. 437 e ss.
- \_\_\_\_\_. “Family Reunion and Community Law”, AA.VV., *Europe’s Area of Freedom, Security and Justice*, Neil Walker (dir.), Oxford University Press, 2004, p. 143 e ss.
- \_\_\_\_\_. “From Black Market to Constitution: The Development of the Institutional Framework for EC Immigration and Asylum Law”, AA.VV., *EU Immigration and Asylum Law: Text and Commentary*, Steve Peers & Nicola Rogers (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 19 e ss.
- \_\_\_\_\_. “The Jurisdiction of the Court of Justice over EC Immigration and Asylum Law: Time for a Change?”, AA.VV., *Whose Freedom, Security and Justice?*, Annelise Baldaccini, Elspeth Guild & Helen Toner (ed.), Hart Publishing, 2007, p. 85 e ss.
- \_\_\_\_\_. *EU Justice and Home Affairs Law*, 3<sup>rd</sup> Edition, Oxford EU Library, 2011
- \_\_\_\_\_. “Immigration, Asylum and the European Union Charter of Fundamental Rights”, AA.VV., *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, Elspeth Guild & Paul Minderhoud (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 437 e ss.
- PEERS, Steve & ROGERS, Nicola, *Immigration and asylum law and policy in Europe*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006
- PENA-GAIA, Annabelle, “Les Droits et Libertés des Étrangers en Situation Irrégulière - France”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, Economica, 1998, p. 197 e ss.
- PEREIRA, André Dias, “A protecção jurídica da família migrante”, AA.VV., *Direitos Humanos, estrangeiros, comunidades migrantes e minorias*, J.J. Gomes Canotilho (coord.), Celta Editora, 2000, p. 81 e ss.
- PEREIRA, André Gonçalves & QUADROS, Fausto de, *Manual de Direito Internacional Público*, 3<sup>a</sup> Edição revista e aumentada, Almedina, 2009
- PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro, “Direito à emigração e imigração como direitos”, *Revista do Ministério Público*, ano 23, 2000, p. 113 e ss.
- PEREIRA, Júlio A.C. & PINHO, José Cândido de, *Direito de Estrangeiros – Entrada, Permanência, saída e Afastamento*, Coimbra Editora, 2008
- PERRUCHOUD, Richard, “L’ Expulsion en Masse d’ Étrangers”, *Annuaire Français de Droit International*, Éditions du CNRS, 1988, p. 677 e ss.
- \_\_\_\_\_. *Migrations et protection des droits de l’Homme*, OIM, 2005
- PETITTI, Louis-Edmond, “La protection des étrangers par la Convention européenne des droits de l’ Homme” AA.VV., *Les étrangers et la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l’ Homme et des Libertés Fondamentales*, Hugues Fulchiron (dir.), L.G.D.J., 1999, p. 27 e ss.
- PHILLIMORE, Robert, *Commentaires Upon International Law*, T.&J.W. Johnson, Law Booksellers, 1854
- PIÇARRA, Nuno, “A Competência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias para fiscalizar a compatibilidade do direito nacional com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, AA.VV., *Ab Uno ad Omnes, 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra Editora, 1998, p. 1393 e ss.

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

- \_\_\_\_ “O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e o novo espaço de liberdade, segurança e justiça”, *Themis*, ano I, n.º1, 2000, p. 81 e ss.
- \_\_\_\_ “Portugal”, AA.VV., *Migration and Asylum Law and Policy in the European Union*, Imelda Higgins (ed.), FIDE 2004 National Reports, 2004, p. 343 e ss.
- \_\_\_\_ “A Evolução da Política Comum de Vistos na União Europeia”, *Europa*, n.º16-17, 2004-2005, p. 101 e ss.
- \_\_\_\_ “O Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça no Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa: unificação e aprofundamento”, *O Direito*, n.º 4-5, 2005, p. 967 e ss.
- \_\_\_\_ “O Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça após a assinatura do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa: balanço e perspectivas”, *Polícia e Justiça*, IIIª série, n.º 5, 2005, p. 17 e ss.
- \_\_\_\_ “A Justiça Constitucional da União Europeia”, AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Coimbra Editora, 2006, p. 494 e ss.
- \_\_\_\_ “A União Europeia enquanto Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça: alguns desenvolvimentos recentes”, AA.VV., *Estudos de Direito e Segurança*, Jorge Bacelar Gouveia & Rui Pereira (coord.), Almedina, 2007, p. 321 e ss.
- \_\_\_\_ “A proibição constitucional de extraditar nacionais em face da União Europeia” in *Revista de Direito do Estado*, n.º 9, 2008, p. 131 e ss.
- \_\_\_\_ “O Tratado de Lisboa e o Espaço de Liberdade Segurança e Justiça”, *Cadernos O Direito*, n.º5, 2010, p. 245 e ss.
- \_\_\_\_ “Direito da União Europeia: o Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça – Relatório com o Programa. Os Conteúdos e os Métodos de Ensino da Cadeira”, *Themis*, Ano X, n.º 19, 2010, p. 233 e ss.
- \_\_\_\_ “O Tratado de Lisboa e o Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça”, AA.VV., *A União Europeia Segundo o Tratado de Lisboa – Aspectos Centrais*, Nuno Piçarra (coord.), Almedina, 2011, p. 127 e ss.
- \_\_\_\_ “Comentário ao artigo 77.º”, AA.VV., *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, Manuel Lopes Porto & Gonçalo Anastácio, (coord.), Almedina, 2012, p. 395 e ss.
- \_\_\_\_ “Comentário ao artigo 79.º”, AA.VV., *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, Manuel Lopes Porto & Gonçalo Anastácio, (coord.), Almedina, 2012, p. 411 e ss.
- \_\_\_\_ “A crise nas fronteiras (dos Estados-Membros) da União Europeia: causas e soluções”, AA.VV., *A Crise e o Direito*, Jorge Bacelar Gouveia & Nuno Piçarra (org.), Almedina, 2013, p. 137 e ss.
- PIÇARRA, Nuno & GIL, Ana Rita, *Country Report on Citizenship – Portugal*, EUDO Citizenship Observatory, 2009
- PICOD, Fabrice, “Article II – 81 - §2 – Non-Discrimination ”, AA.VV., *Traité Établissant une Constitution pour l'Europe – Commentaire Article par Article – Partie II La Charte des Droits Fondamentaux de l'Union*, Laurence Burgogues-Larsen, Anne Levade & Fabrice Picod (dir.), Bruylant, 2005, p. 298 e ss.
- PIEROTH, Bodo & SCHLINK, Bernhard, *Direitos Fundamentais – Direito Estadual II*, (tradução de António Franco e António Francisco de Sousa), Universidade Lusíada Editora, 2008

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

- PINERO, M. Miguel Rodriguez, “Les Droits Sociaux des Étrangers”, AA.VV., *La Condition des Étrangers, Actes de la Réunion Multilatérale Organisée par le Conseil de l'Europe*, Conseil de l'Europe, 1994, p. 115 e ss.
- PINHEIRO, Luís de Lima, *Direito Internacional Privado*, vol. II, 3ª Edição, Almedina, 2009
- PINHEIRO, Jorge Duarte, “Família”, AA.VV., *Enciclopédia da Constituição Portuguesa*, Jorge Bacelar Gouveia & Francisco Pereira Coutinho (coord.), Quid Juris, 2013, p. 151 e ss.
- PINHEIRO-FERREIRA, Silvestre, *Questões de Direito Público e Administrativo*, Tomo III, Typographia Lusitana, 1845
- PINTO, Ana Luísa, *A pena acessória de expulsão de estrangeiros do território nacional*, Coimbra Editora, 2005.
- PINTO, Ana Luísa & CANOTILHO, Mariana, “O tratamento dos estrangeiros e das minorias na jurisprudência constitucional portuguesa”, AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra Editora, 2003, p. 231 e ss.
- PINTO, Maria da Glória Ferreira, “Princípio da Igualdade – Fórmula vazia ou fórmula carregada de sentido?”, *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 358, 1986
- PINTO, Paulo Mota, “A Protecção da Vida Privada e a Constituição”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXVI, 2000, p. 153 e ss.
- \_\_\_\_\_ “O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Studia Iuridica*, vol. XL, 2000, p. 149 e ss.
- PINTO, Paulo Mota & REIS, Raquel, *A protecção da vida privada na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Relatório do Tribunal Constitucional, 2006
- PINTO, Ricardo Leite, “Art. 20º - Igualdade Perante a Lei”, AA.VV., *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Alessandra Silveira & Mariana Canotilho (coord.), Almedina, 2013, p. 255 e ss.
- PINTO, Roger, “L’ application du principe de réciprocité et des reserves dans les conventions interétatiques concernant les droits de l’homme ”, AA.VV., *Mélanges Georges Levasseur*, Litec, 1992, p. 83 e ss.
- PIRES, Francisco Lucas, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, Almedina, 1997
- \_\_\_\_\_ *Teoria da Constituição: a transcrição dualista*, Universidade de Coimbra, 1988
- PIRES, Rui Pena, *Migrações e Integração, Teoria e Aplicações à Sociedade Portuguesa*, Celta Editora, 2003
- PISÓN, José Martínez, “Derechos de la Persona o de la Ciudadanía: Los Inmigrantes”, *Persona y Derecho*, n.º 49, 2003, p. 43 e ss.
- PLENDER, Richard, *International Migration Law*, A.W. Sijthoff, 1972
- \_\_\_\_\_ “Human Rights of Aliens in Europe”, AA.VV., *Human Rights of Aliens in Europe*, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 33 e ss.
- POLITIS, Nicolas “Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus de droit dans les rapports internationaux”, *Recueil des Cours*, Tome 6, 1925, p. 1 e ss.
- PREBENSEN, Søren C., “Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights ”, AA.VV., *Protection des Droits de l'Homme: la Perspective Européenne*, Paul Mahoney, Franz Matscher, Herbert Petzold & Luzius Wildhaber (ed.), Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 1123 e ss.
- PRELOT, Marcel, LESCUYER, Georges, *Histoire des Idées Politiques*, 13ª Edição, Dalloz, 1997

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

- PROVEDOR DE JUSTIÇA, *Relatórios Sociais: Imigração, Direitos das Mulheres; Infância e Juventude; Proteção da Saúde; Sistema Penitenciário*, Provedoria de Justiça, 2008
- PUFENDORF, Samuel, *Le Droit de la nature et des gens*, Livro III, J. Barbeyrac (trad.), Bibliothèque de Philosophie Politique et Juridique, Université de Caen, 1987
- QUADROS, Fausto de, *A Proteção da Propriedade Privada pelo Direito Internacional Público*, Almedina, 1998
- QUAGLIONI, Diego, *La sovranità*, Editori Laterza, 2004
- QUEIROZ, Cristina M. M., *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2010
- \_\_\_\_\_ “As Relações entre o Direito da União e o Direito Constitucional interno dos Estados”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano II, 2006, p. 189 e ss.
- RAFFAELLI, Rosa, “Criminalizing Irregular Immigration and the Returns Directive: An Analysis of the El Dridi Case”, *European Journal of Migration and Law*, vol. 13, 2002, p. 467 e ss.
- RAMOS, Rui Moura, “Aplicação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem em Portugal – alguns problemas”, *Documentação e Direito Comparado*, n.º5, 1981, p. 97 e ss.
- \_\_\_\_\_ “Nacionalidade”, AA.VV., *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, José Pedro Fernandes (dir.), vol. VI, 1994, p. 103 e ss.
- \_\_\_\_\_ “Cidadania”, Rui Moura Ramos, *Da Comunidade Internacional e do seu Direito*, Coimbra Editora, 1996, p. 109 e ss.
- \_\_\_\_\_ “Estrangeiro”, *Polis, Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, Verbo, 1997, p. 1215 e ss.
- \_\_\_\_\_ “A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Alguns Aspetos”, AA.VV., *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra Editora, 2001, p. 53 e ss.
- \_\_\_\_\_ “O Tribunal Constitucional Português e as Normas de outros ordenamentos jurídicos”, AA.VV., *Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra Editora, 2007, p. 781 e ss.
- \_\_\_\_\_ “A Renovação do Direito Português da Nacionalidade pela Lei Orgânica n.º 2/2006, de 17 de abril”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 36, 2007, n.º 3943, p. 198 e ss.
- RANNOU, Hélène, “La citoyenneté européenne et l’immigration”, *Revue des Affaires Européennes*, Paris, n.º 1-2, 2000, p. 38 e ss.
- RATO, Helena, “A regularização dos imigrantes e a segurança social”, *Galileu – Revista de Economia e Direito*, vol. VI, n.º 2, 2001, p.105 e ss.
- RAUX, Cédric, “Les Mesures d’Éloignement du Territoire devant la Grande Chambre de la Cour Européenne des Droits de l’Homme”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, n.º 71, 2007, p. 837 e ss.
- REICH, Norbert, “Citizenship and family on trial: a fairly optimistic overview of recent Court practice with regard to free movement of persons”, *Common Market Law Review*, vol. 40, n.º3, 2003, p. 615 e ss.
- RENUCCI, Jean-François, *Droit Européen des Droits de l’Homme*, L.G.D.J., 2002
- RIDRUEJO, José A. Pastor, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 19ª Edição Tecnos, 2015
- RIGAUX, François, *La Protection de la Vie Privée et des Autres Biens de la Personnalité*, Bruylant, 1990

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

- \_\_\_\_\_ *La Vie Privée – Une Liberté parmi des Autres?* Maison Larcier Éditeurs, 1992
- \_\_\_\_\_ “Interprétation Consensuelle et Interprétation Évolutive”, AA.VV., *L’Interprétation de la Convention Européenne des Droits de l’Homme*, Frédéric Sudre (dir.), Bruylant, 1998, p. 41 e ss.
- \_\_\_\_\_ “L’Immigration: Droits International et Droits Fondamentaux”, AA.VV., *Les Droits de l’Homme au seuil du troisième millénaire- Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, 2000, p. 693 e ss.
- RIQUITTO, Ana Luísa, “O conteúdo da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia”, AA.VV., *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra Editora, 2001, p. 59 e ss.
- ROBERTSON, A.H. & MERRILLS, J. G., *Human rights in the world: An introduction to the study of the international protection of human rights*, 4th Edition, Manchester University Press, 1996
- ROCA, Javier García, “La titularidad constitucional e internacional de los derechos fundamentales de los extranjeros y las modulaciones legales a sus contenidos”, AA.VV., *Problemas Constitucionales de la Inmigración: una visión desde Italia y España*, Miguel Revenga Sánchez (coord.), Giuffrè Editore, 2005, p. 71 e ss.
- ROCHA, Manuel António Lopes & MARTINS, Teresa Alves, *Cooperação Judiciária em Matéria Penal (Comentários)*, Aequitas, 1992
- RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga, “Instrumentos Jurídicos para Prevenir a Tortura e os Tratos Desumanos e Degradantes”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, vol. 16. Tomo II, 2006, p. 239 e ss.
- RODRÍGUEZ, Sara A., “Exile and the not-so-lawful permanent resident: does International Law require a Humanitarian waiver of deportation for the non-citizen convicted of certain crimes?”, *Georgetown Immigration Law Journal*, n.º 20, 2006, p. 483 e ss.
- ROIG, Rafael de Asís, “Derechos Humanos, Inmigración y Solidaridad Razonable”, *Justicia, Migración y Derecho*, Dykinson, 2004, p. 55 e ss.
- ROLLAND, Patrice, “Le Contrôle de l’opportunité par la Cour Européenne des Droits de l’Homme”, AA.VV., *Conseil Constitutionnel et Cour Européenne des Droits de l’Homme*, Dominique Rousseau & Frédéric Sudre (dir.), STH, 1990, p. 47 e ss.
- ROMANO, Santi, *L’Ordre Juridique*, tradução de Lucien François & Pierre Gothot, 2ème Edition, Dalloz, 1975
- \_\_\_\_\_ “La Teoria dei Diritti Pubblici Subiettivi”, in V.E. Orlando, *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo*, Società Editrice Libreria, 1897, p. 111 e ss.
- \_\_\_\_\_ “Osservazioni sulla Natura Giuridica del Territorio dello Stato”, in Santi Romano, *Scritti Minori*, vol. I, Giuffrè Editore, 1990, p. 203 e ss.
- ROMERO, Max Adam, “El Derecho a la Familia y la Inmigración Irregular en España”, AA.VV., *Aspetos Jurídicos de la Inmigración Irregular en la Unión Europea*, Cristina Sánchez-Rodas Navarro (coord.), Ediciones Laborum, 2009, p. 105 e ss.
- ROMERO, Victor C., *Alienated – Immigrant Rights, the Constitution and Equality in America*, New York University Press, 2005
- ROSENBERG, Clifford, *Policing Paris – The Origins of Modern Immigration Control between the Wars*, Cornell University Press, 2006

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

- ROSSI, Emanuele, “I diritti fondamentali degli stranieri irregolari”, AA.VV., *Problemas Constitucionales de la Inmigración: una visión desde Italia y España*, Miguel Revenga Sánchez (coord.), Giuffrè Editore, 2005, p. 109 e ss.
- ROSSI, Emanuele & PASSAGLIA, Paolo, “Les Droits et Libertés des Étrangers en Situation Irrégulière - Italie”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, Economica, 1998, p. 253 e ss.
- ROTH, Andreas Hans, *Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*, A.W. Sijthoff, 1949
- ROZAKIS, Christos L., “The Territorial scope of Human Rights Obligations: The Case-Law of the European Convention on Human Rights”, AA.VV., *The Status of International Treaties on Human Rights*, Council of Europe Publishing, 2006, p. 55 e ss.
- RUSSO, Carlo, “Article 8”, *La Convention Européenne des Droits de l’Homme – Commentaire Article par Article*, Louis Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux & Pierre-Henri Imbert (dir.), Economica, 1999, p. 305 e ss.
- SALTER, Mark B., *Rights of Passage – The Passport in International Relations*, Lynne Rienner Publishers, 2003
- SANCHEZ, Enrique González, “Asilo e Inmigración en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 13, ano 6, 2002, 833 e ss.
- SANCHEZ, Pablo Antonio Fernández, “El Derecho de Reagrupación Familiar de los Extranjeros”, *Derecho y Conocimiento*, vol. I, 2001, p. 375 e ss.
- SANCHEZ, Sara Iglesias, “Diretiva sobre Reagrupación Familiar y Derechos Fundamentales”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 26, ano 11, 2007, p. 125 e ss.
- \_\_\_\_\_ “Free Movement of Third Country Nationals in the European Union ? Main Features, Deficiencies and Challenges of the new Mobility Rights in the Area of Freedom, Security and Justice”, *European Law Journal*, vol. 15, n.º 6, 2009, p. 791 e ss.
- \_\_\_\_\_ “Fundamental Rights Protection for Third Country Nationals and Citizens of the Union: Principles for Enhancing Coherence”, *European Law Journal*, vol. 15, 2013, n.º 2, p. 137 e ss.
- SANJUÁN, Teresa Freixes & CARBONELL, Jose Carlos Remotti, “La Configuración Constitucional de la Seguridad Ciudadana”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 87, 1995, p. 141 e ss.
- SANTOS, António Marques dos, *Direito Internacional Privado*, Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1987
- \_\_\_\_\_ “Nacionalidade e Efetividade”, *Estudos em memória do Doutor João de Castro Mendes*, Lex, 1995, p. 145 e ss.
- \_\_\_\_\_ *Quem manda mais – a residência ou a nacionalidade*, Coimbra Editora, 2000
- SANTOS, Vanda, *O discurso oficial do Estado sobre a emigração dos anos 60 a 80 e imigração dos anos 90 à atualidade*, Observatório da Imigração, 2004
- SASSEN, Saskia, *Losing Control? Sovereignty in an Age of Globalization*, Columbia University Press, 1996
- SAROLÉA Sylvie, “L’enfant et le regroupement familial – Migrant ou Enfant d’abord?”, AA.VV., *L’enfant et les relations familiales internationales*, Jean-Louis Renchon (dir.), Bruylant, 2003, p. 179 e ss.
- \_\_\_\_\_ *Droits de l’Homme et Migrations*, Bruylant, 2006

- 
- \_\_\_\_\_ “La Souveraineté en Droit Belge : Mythe et Réalité”, AA.VV., *L'Étranger face au Droit*, J.Y. Carlier (org.) Bruylant, 2010, p. 75 e ss.
- SCHABAS, William A., “Le Droit à l'intégrité physique”, AA.VV., *La Protection des droits de l'Homme par le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies - Les Communications Individuelles*, Frédéric Sudre (dir.), Institut de Droit Européen des Droits de l'Homme, 1995, p. 110 e ss.
- 
- \_\_\_\_\_ “Article II - 64”, AA.VV., *Traité Établissant une Constitution por l'Europe – Commentaire Article par Article – Partie II La Charte des Droits Fondamentaux de l'Union*, Laurence Burgorgue-Larsen, Anne Levade & Fabrice Picod (dir.), Bruylant, 2005, p. 64 e ss.
- SCHAFFRIN, Dora, “Wich Standard for Family Reunification of Third Country Nationals in the European Union?”, AA.VV., *Immigration and Asylum law of the European Union: current debates*, Jean Yves Carlier & Philippe de Bruycker (dir.), Bruylant, 2005, p. 90 e ss.
- SCHMITT, Carl, *Theorie de la Constitution*, Puf, 1993
- 
- \_\_\_\_\_ *La notion du Politique - Théorie du partisan*, Calmann-Lévy, 1994
- SCIORTINO, Giuseppe & PASTORE, Ferruccio, “Immigration and European Immigration Policy : Myths and Realities”, AA.VV., *Justice and Home affairs in the EU – Liberty and Security after Enlargement*, Joanna Apap (edit), Edward Elgar, 2004, p. 191 e ss.
- SCOFFONI, Guy, “Les Droits et Libertés des Étrangers en Situation Irrégulière - Espagne”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Economica, 1998, p. 181 e ss.
- SEF, *A Organização das Políticas de Asilo e Imigração em Portugal*, Rede Europeia das Migrações, 2008
- SERRA, Antonio Truyol y, *Historia del Derecho Internacional Público*, Tecnos, 1998
- SERRANO, Mário Mendes, “Extradição – Regime e Praxis”, AA.VV., *Coordenação Internacional Penal*, José Manuel da Cruz Bucho, Luís Silva Pereira, Maria da Graça Vicente de Azevedo & Mário Mendes Serrano, vol. I, Centro de Estudos Judiciários, 2000, p. 15 e ss.
- SHACHAR, Ayelet, “Earned Citizenship: Property Lessons for Immigration Reform”, *Yale Journal of Law and the Humanities*, vol. 23, 2011, p. 3 e ss.
- SHELTON, Dinah, *Remedies in International Human Rights Law*, 2nd edition, Oxford University Press, 2015
- SILVA, João Carlos Santana da, “Estado”, AA.VV., *Enciclopédia da Constituição Portuguesa*, Jorge Bacelar Gouveia & Francisco Pereira Coutinho (coord.), Quid Juris, 2013, p. 141 e ss.
- SILVA, Jorge Pereira da, *Direitos de Cidadania e Direito à Cidadania*, Alto Comissariado para a Imigração e Minorias Étnicas, 2004
- 
- \_\_\_\_\_ “Artigo 15.º - Princípio da Equiparação”, in Jorge Miranda, & Rui Medeiros, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2010
- SILVA, José M. M., “Imigração Ilegal – Responsabilidade Penal”, *Maia Jurídica*, ano III, n.º1, 2005, p. 33 e ss.
- SILVA, Pedro Duarte, *A proteção social da população imigrante: quadro legal, estudo comparado e proposta de reforço*, Alto-Comissariado para a Imigração e Minorias Étnicas, 2005
- SILVEIRA, Luís, “O Acolhimento e Estadia do Estrangeiro”, *Documentação e Direito Comparado*, n.º18, 1984, p. 167 e ss.

- 
- \_\_\_\_\_. “The Admission of Aliens to the Territory of the Host Country and their Residence There”, AA.VV., *Human Rights of Aliens in Europe*, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 109 e ss.
- SILVERIO, Silvia, “Sulla condizione dello straniero extracomunitario: in particolare sull’immigrato clandestino ovvero irregolare”, *Politica del Diritto*, vol. XL, n.º 4, 2009, p. 639 e ss.
- SIMON, Denys, “Les Droits du Citoyen de l’Union”, *Revue Universelle des Droits de l’Homme*, vol. 12, n.º 1-2, 2000, p. 22 e ss.
- SITARPOULOS, Nicholas, “The Role and Limits of the European Court of Human Rights in Supervising State Security and Anti-Terrorism Measures Affecting Alien’s Rights”, AA.VV., *Terrorism and the Foreigner*, Anneliese Baldaccini & Elspeth Guild (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 86 e ss.
- SMITH, Rhona K. M., *Textbook on International Human Rights*, 5th Edition, Oxford University Press, 2012
- SMYTH, Ciara, “The Best Interests of the Child in the Expulsion and First-entry Jurisprudence of the European Court of Human Rights: How Principled is the Court’s Use of the Principle?”, *European Journal of Migration and Law*, vol. 17, 2015, p. 70 e ss.
- SOARES, Albino de Azevedo, *Lições de Direito Internacional Público*, 4ª Edição, Coimbra Editora, 1996
- SOARES, António Goucha, *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra Editora, 2002
- SORIANO, Mercedes Candela & CHENEVIÈRE, Cédric, “Le Législateur et les Droits de l’Homme”, AA.VV., *Les Droits de l’Homme dans les Politiques de l’Union Européenne*, Larcier, 2006, p. 25 e ss.
- STOYANOVA, Vladislava, “The Principle of Non-Refoulement and the Right of Asylum Seekers to Enter State Territory”, *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law*, vol. 3, n.º 1, 2008-2009, p. 1 ss.
- SOUSA, António Francisco de, “Função Constitucional da Polícia”, *Revista do Ministério Público*, ano 24, 2003, n.º 95, p. 25 e ss.
- SOUSA, Constança Urbano de, “Report on the transposition of the Directive [Council Directive 2001/40/EC, of 28 May 2001, on the mutual recognition of decisions on the expulsion of third country nationals]”, *Immigration and Asylum Law of the EU: Current Debates*, Jean-Yves Carlier, Philippe De Bruycker (org.), Bruylant, 2000, p. 265 e ss.
- 
- \_\_\_\_\_. “L’ émergence du droit européen de l’immigration et d’asile : Bilan et perspectives”, *Galilée – Revista de Economia e Direito*, vol. VIII, n.º 2, 2003, p. 139 e ss.
- 
- \_\_\_\_\_. “Le regroupement familial au regard des standards internationaux”, AA.VV., *La politique européenne d’immigration et d’asile: bilan critique cinq ans après le traité d’Amsterdam*, François Julien Laferrière, Henri Labayle & Örjan Edström (sup.), Bruylant, 2005, p. 127 e ss.
- 
- \_\_\_\_\_. “A Diretiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, e o Direito do Cidadãos Comunitários ao Reagrupamento Familiar”, AA.VV., *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco*, Vol. I, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, p. 629 e ss.
- 
- \_\_\_\_\_. “Imigração e o ideal democrático de um «demos» inclusivo: os conceitos de «estrangeria», nacionalidade e cidadania”, AA.VV., *In Memoriam de Jorge Tracana de Carvalho*, EdiUAL, 2007, p. 217 e ss.



- 
- ss.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de & ALEXANDRINO, José de Melo, *Constituição da República Portuguesa Comentada*, Lex, 2000
- SOUSA, Marcelo Rebelo de & MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, 2ª Edição, Dom Quixote, 2006
- SOUZA, Marnoco e, *História das Instituições dos Direito Romano, Peninsular e Português*, 3ª Edição, França Amado Editor, 1910
- SPIELMANN, Dean, “Obligations Positives et Effet Horizontal”, AA.VV., *L’Interprétation de la Convention Européenne des Droits de l’Homme*, Frédéric Sudre (dir.), Bruylant, 1998, p. 137 e ss.
- SPIJKERBOER, Thomas, “Structural Instability: Strasbourg Case Law on Children’s Family Reunification”, *European Journal of Migration Law*, vol. 11, 2009, p. 271 e ss.
- STALFORD, Helen, “Concepts of Family under EU Law – Lessons from the ECHR”, *International Journal of Law, Policy and Family*, vol.16, n.º 3, 2002, p. 410 e ss.
- 
- “Regulating Family Life in Post-Amsterdam Europe”, *European Law Review*, vol. 28, n.º 1, 2003, p. 39 e ss.
- STEVENS, Dallal, “The Asylum-seeking Family”, AA.VV., *Family Life and the Law*, Rebecca Probert (ed.), Ashgate, 2007, p. 223 e ss.
- STEINER, Henry J. & ALSTON, Philip, *International Human Rights in Context*, 3rd edition, Oxford University Press, 2008
- STOREY, Hugo, “The Right to Family Life and Immigration Case Law at Strasbourg”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39, n.º 2, 1990, p. 328 e ss.
- STORGAARD, Louise Halleskov, “The Long-Term Residents Directive: A Fulfilment of the Tampere Objective of Near-Equality?”, AA.VV., *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, Elspeth Guild & Paul Minderhoud (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 299 e ss.
- STRECK, Lenio Luiz & MORAIS, José Luis Bolzan de, *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, Livraria do Advogado Editora, 2000
- STRIK, Tineke & HART, Betty de & NISSEN, Helen, *Family Reunification: a barrier or facilitation of integration? A comparative study*, Wolf Legal Publishers, 2013
- SUÁREZ, Francisco de, “Are the Municipal Laws of a Given Domain Strictly Binding upon Aliens while they are Living within that Domain?”, in *The Classics of International Law*, Book III, James Brown Scott (ed.), Carnegie Endowment, 1944
- SUDRE, Frédéric, “Les «Obligations Positives» dans la jurisprudence européenne des droits de l’Homme”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, 1995, n.º 23, p. 365 e ss.
- 
- “La «Construction» par le Juge Européen du Droit au Respect de la Vie Familiale”, AA.VV., *Le Droit au Respect de la Vie Familiale au sens de la Convention Européenne des Droits de l’Homme*, Frédéric Sudre (dir.), Bruylant, 2002, p. 11 e ss.

- 
- \_\_\_\_\_ “Article II – 67 – Respect de la Vie Privée et Familiale”, AA.VV., *Traité Établissant une Constitution por l'Europe – Commentaire Article par Article – Partie II La Charte des Droits Fondamentaux de l'Union*, Laurence Burgorgue-Larsen, Anne Levaide & Fabrice Picod (dir.), Bruylant, 2005, p. 110 e ss.
- 
- \_\_\_\_\_ *Droit Européen et International des Droits de l'Homme*, 12ème Édition, Puf, 2015
- SUDRE, Frédéric, MARGUERAUD, Jean-Pierre, ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël, GOUTTENOIRE, Adeline & LEVINET, Michel, *Les Grands Arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, 7ème edition, Puf, 2015
- SZYMCZAK, David, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme et le Juge Constitutionnel National*, Bruylant, 2007
- TAVERNIER, Paul, “Le droit à un procès équitable dans la jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies”, *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, n.º 25, 1996, p. 3 e ss.
- TEITGEN-COLLY, Catherine, “L'Eloignement des Étrangers et les Articles 5 et 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme”, AA.VV., *Les Étrangers et la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales*, Hugues Fulchiron (dir.), L.G.D.J., 1999, p. 243 e ss.
- THRONSON, David B, “Kids Will Be Kids? Reconsidering Conceptions of Children's Rights Underlying Immigration Law”, *Ohio State Law Journal*, n.º 63, 2002, p. 979 e ss.
- 
- \_\_\_\_\_ “You Can't Get Here from Here: Toward a More Child-centered Immigration Law”, *Virginia Journal of Social Policy & the Law*, vol. 14, 2006, n.º1, p. 58 e ss.
- THYM, Daniel, “Respect for Private and Family Life under Article 8 ECHR in Immigration Cases: A Human Right to Regularize Illegal Stay?”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 57, 2008, p. 87 e ss.
- TIBURCIO, Carmen, *The Human Rights of Aliens under International and Comparative Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2001
- TOMUSCHAT, Christian, *Human Rights – Between Idealism and Realism*, 3rd Edition, Oxford University Press, 2014
- TONELLI, Simon, “Irregular Migration and Human Rights: a Council of Europe Perspective”, AA.VV., *Irregular Migration and Human Rights : Theoretical, European and International Perspectives*, Barbara Boguz, Ryszard Colewinski, Adam Cygan & Erika Szyrsczak (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 301 e ss.
- TONER, Helen, *Partnership Rights, Free Movement, and EU Law*, Hart Publishing, 2004
- 
- \_\_\_\_\_ “Immigration Law and Family Life – a Happy Marriage?”, AA.VV., *Family Life and the Law*, Rebecca Probert (ed.), Ashgate, 2007, p. 197 e ss.
- TORELLA, Eugenia Caracciolo di & MASSELOT, Annick, “Under Construction: EU Family Law”, *European Law Review*, vol. 29, n.º 1, 2004, p. 32 e ss.
- TORELLA, Eugenia Caracciolo di & REID, Emily, “The changing shape of the «European family» and Fundamental Rights”, *European Law Review*, vol. 27, n.º 1, 2002, p. 80 e ss.
- TORPEY, John, *The Invention of the Passport: Surveillance, Citizenship and the State*, Cambridge University Press, 2000
- TORRES, Mário, “A Lei dos Estrangeiros face à Constituição”, *O Cidadão*, ano 1, n.º2, 1993, p. 27 e ss.
- 
- \_\_\_\_\_ “Prefácio”, in Ana Vargas, Joaquim Ruas, *Direito dos Estrangeiros*, Livraria Arco-íris, Edições Cosmos, 1995, p. 9 e ss.
- 
- \_\_\_\_\_ “A Garantia Constitucional do Recurso Contencioso”, *Scientia Iuridica*, Tomo XXXIX, n.º 223/228, 1990, p. 36 e ss.

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

- \_\_\_\_\_. “O Estatuto Constitucional dos Estrangeiros”, *Scientia Iuridica*, Tomo L, n.º 290, 2001, p. 7 e ss.
- \_\_\_\_\_. “Os Direitos dos Imigrantes na Legislação Portuguesa”, *A Política Europeia de Imigração, Actas do Seminário de Lisboa de 9 de Outubro de 2001*, Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2002, p. 57 e ss.
- TRINDADE, António Augusto Cançado, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Universidad de Deusto, 2001
- \_\_\_\_\_. *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Renovar, 2002
- \_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, 2ª edição, Editora Safe, 2003
- \_\_\_\_\_. “Le Déracinement et la Protection des Migrants dans le Droit International des Droits de l’Homme”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, n.º 74, 2008, p. 289 e ss.
- TRINDADE, Maria Beatriz Rocha, “História da Imigração em Portugal”, *Janus, Anuário de relações exteriores*, 2001, p. 170 e ss.
- TULKENS, Françoise, “L’Évolution du Principe de Non-Discrimination à la Lumière de la Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l’Homme”, AA.VV., *L’Étranger face au Droit*, J.Y. Carlier (org.) Bruylant, 2010, p. 193 e ss.
- URBANO, Maria Benedita, “Globalização: Os Direitos Fundamentais sob stress”, AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Figueiredo Dias*, Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes & Susana Aires de Sousa (org.), vol. IV, Coimbra Editora, 2010, p. 1023 e ss.
- VANDENHOLE, Wouter, “Migration and Discrimination: Non-discrimination as guardian against arbitrariness or driver of integration?”, AA.VV., *Research Handbook on International law and Migration*, Vincent Chetail & Céline Bauloz (dir.), Edward Elgar, 2014, p. 216 e ss.
- VANDERMAY, Maureen Callahan “The Misunderstood Origins of the Plenary Power Doctrine”, *Willamette Law Review*, vol. 35, 1999, p. 147 e ss.
- VÁSQUEZ, Sonia García, *El Estatuto Jurídico-Constitucional del Extranjero en España*, Tirant lo Blanch, 2007
- VATTEL, Emmerich de, *The Law of Nations or the Principles of the Law of Nature*, Book II, Joseph Chitty (tradução), T.& J.W. Johnson & Co., Law Booskellers, 1883
- VAZ, Livia Santana e Sant’Anna, “Inmigración Irregular y Derecho a la Asistencia Sanitaria en Portugal”, AA.VV., *Aspectos Jurídicos de la Inmigración Irregular en la Unión Europea*, Cristina Sánchez-Rodas Navarro (coord.), Ediciones Laborum, 2009, p. 217 e ss.
- \_\_\_\_\_. “O(s) poder(es) sobre as minorias étnicas imigrantes na União Europeia: a propósito da expulsão dos Roms da França”, *O Direito*, 143, 2011, vol. 2, p. 367 e ss.
- VEDSTED-HANSEN, Jens, “Migration and the Right to Family and Private Life”, AA.VV., *Mondialisation, Migration et Droits de l’Homme: Le Droit International en Question*, vol. II, Vincent Chetail (dir.), Bruylant, 2007, p. 690 e ss.
- VELASCO, Manuel Diez, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18ª edición, Tecnos, 2013
- VELU, Jacques & ERGEC, Rusen, *La Convention européenne des Droits de l’Homme*, 2ème edition, Bruylant, 2014

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

- VENTURA, Catarina Sampaio, “Contexto e Justificação da Carta”, AA.VV., *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra Editora, 2001, p. 39 e ss.
- 
- \_\_\_\_\_*Migrações: O caso português: Enquadramento normativo geral e actuação do Provedor de Justiça*, Primeiro Relatório sobre Direitos Humanos da Federação Ibero-Americana de Ombudsman (FIO), 2003
- VERDROSS, Alfred, *Derecho Internacional Publico*, 5ª edição, Antonio Truyol y Serra (tradução), Tolle Lege Aguilar, 1973
- VIANA, Cláudia, “Artigo 41.º - Direito a uma boa administração”, AA.VV., *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Alessandra Silveira & Mariana Canotilho (coord.), Almedina, 2013, p. 483 e ss.
- VILAR, Patricia Argerey, MENDOZA, Lucana Estévez, GARCIA, Mercedes Fernández, SÉBASTIÁN, Eva Menéndez, *El Fenómeno de la Inmigración en Europa Perspectivas Jurídicas y Económicas*, Dykinson, 2005
- VILLALOBOS, Mª Concepción Pérez, “La Cultura de los Derechos Fundamentales en Europa, los Derechos de los Inmigrantes Extracomunitarios y el Nuevo Concepto de Ciudadanía”, AA.VV., *Derecho Constitucional y Cultura – estudios en Homenaje a Peter Häberle*, Francisco Balaguer Callejón (coord.), Editorial Tecnos, 2004, p. 701 e ss.
- VILLELA, Álvaro, *Estudos de Direito Internacional - I, Organização da Sociedade Internacional*, 1909
- VILLIGER, Mark. E., “Expulsion and the right to respect for private and family life (Article 8 of the Convention) – and introduction to the Commission’s case-law”, AA.VV., *Protecting human rights: the European dimension: studies in honour of Gérard J. Wiarda*, Franz Matscher, Herbert Petzold, Koeln & Carl Heymanns (ed.), Verlag, 1990, p. 657 e ss.
- VISSCHER, Charles de, *Théories et Réalités en Droit International Public*, 4ème édition, Pédone, 1970
- VITORIA, Francisco de, “De Indis – Relactio Prior”, *Obras de Francisco de Vitoria, Relecciones Teológicas*, T. Urdanoz (ed.), BAC, 1960
- VITORINO, António, “Protecção Constitucional e Protecção Internacional dos Direitos do Homem: concorrência ou complementaridade”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXXIV, 1993, p. 111 e ss.
- 
- \_\_\_\_\_*Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, Principia, 2002
- 
- \_\_\_\_\_*“Perspectivas de Futuro para a União Europeia: desenvolver o Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça e reforçar a tutela dos Direitos Fundamentais”*, AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra Editora, 2003, p. 985 e ss.
- VRELLIS, Spyridon, “La Condition des étrangers dans les lois de Platon”, AA.VV., *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. I, Almedina, 2002, p. 649 e ss.
- WADDINGTON, Lisa & BELL, Mark, “More Equal than Others: Distinguishing European Union Equality Directives”, *Common Market Law Review*, vol. 18, n.º3, 2001, p. 587 e ss.
- WAHNICK, Sophie, *L’Impossible Citoyen – L’Étranger Dans le Discours de la Révolution Française*, Bibliothèque Albin Michel, 1997

- WALSUM, Sarah van, “Comment on the Sen Case. How Wide is the Margin of Appreciation Regarding the Admission of Children for Purposes of Family Reunification?”, *European Journal of Migration and Law*, n.º4, 2003, p. 511 e ss.
- \_\_\_\_\_ “Against All Odds : How Single and Divorced Migrant Mothers were Eventually able to Claim their Right to Family Life”, *European Journal of Migration and Law*, n.º3, 2009, p. 295 e ss.
- WALTERS, William, “Deportation, Expulsion, and the International Police of Aliens”, *Citizenship Studies*, vol. 6, n.º 3, 2002, p. 265 e ss.
- WALZER, Michael, *As Esferas da Justiça*, Editorial Presença, 1999
- WATHELET, Melchior, “La Cour de Justice et les Droits de l’Homme”, AA.VV., *Les Droits de l’Homme dans les Politiques de l’Union Européenne*, Larcier, 2006, p. 12 e ss.
- WEIL, Patrick, *La République et sa Diversité – Immigration, Intégration, Discriminations*, Éditions du Seuil, 2005
- WEISSBRODT, Anja, “The Right to Family Reunification of Third-Country Nationals under EU Law; Decision of 4 March 2010, Case C-578/08, *Rhimou Chakroun v. Minister van Buitenlandse Zaken*”, *European Constitutional Law Review*, vol. 6, n.º 3, 2010, p. 462 e ss.
- WEISSBRODT, David, *Working Paper on the Rights of Non-Citizens*, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1999/7, 1999
- \_\_\_\_\_ “The Protection of Non-Citizens in International Human Rights Law”, AA.VV., *International Migration Law – Developing Paradigms and Key Challenges*, Ryszard Cholewinski, Richard Perruchoud & Evan MacDonald (ed.), T.M.C. Asser Press, 2007
- \_\_\_\_\_ *The Human Rights of Non-Citizens*, Oxford University Press, 2008
- WEISSBRODT, David, & RHODES, Justin, “United Nations Treaty Bodies and Migrant Workers”, AA.VV., *Research Handbook on International law and Migration*, Vincent Chetail & Céline Bauloz (dir.), Edward Elgar, 2014, p. 303 e ss.
- WEISSBRODT, David, & VEGA, Connie de la, *International Human Rights Law – an Introduction*, University of Pennsylvania Press, 2007
- WELLS, Belinda, “Aliens : The Outsiders in the Constitution”, *University of Queensland Law Journal*, vol. 19, n.º 1, 1996-1997, p. 45 e ss.
- WENDEN, Catherine Wihtol de, “Immigration and Globalisation”, *Refugee Watch*, vol. 33, 2009, p. 48 e ss.
- WILDMAN, Richard, *Institutes of International Law, Vol. I - International Rights in Time of Peace*, William Benning & Co., 1849
- WILHELM, Marco Aparicio, “El Reconocimiento Constitucional de los Derechos de las Personas Extranjeras: breve aproximación a la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, AA.VV., *Derecho de la Inmigración y Derecho de la Integración. Una visión múltiple: Unión Europea, Canadá, España, Québec y Cataluña*, Universitat de Girona, 2002, p. 105 e ss.
- WITTE, Bruno de, “The Past and the future role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights”, AA.VV., *The EU and Human Rights*, Philip Alston (ed.), Oxford University Press, 1999, p. 859 e ss.

- 
- “Tensions in the Multilevel Protection of Fundamental Rights – The Meaning of Article 53 of EU Charter”, AA.VV., *Citizenship and Solidarity in the European Union – From the Charter of Fundamental Rights to the Crisis, the State of Art*, Alessandra Silveira, Mariana Canotilho & Pedro Madeira Froufe (ed.), Peter Lang, 2013, p. 205 e ss.
- WOLFF, Christian, *Principes du Droit de la Nature et des Gens – extraits du grand ouvrage latin*, Tome III, M. Formey (tradução), Chez Marc Michel Rey, 1758
- 
- Ius Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*, vol. II.A., Joseph H. Drake (tradução), Clarendon Press, 1934
- YOUROW, Howard C., *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Martinus Nijhoff, 1996
- ZIECK, Marjoleine, *UNHCR and Voluntary Repatriation of Refugees: A Legal Analysis*, Martinus Nijhoff Publishers, 1997
- ZOLBERG, Aristide, “International migrations in political perspective”, AA.VV., *Global trends in migration: theory and research on international population movements*. Mary M. Kritz, Charles B. Keely & Silvano M. Tomasi, Center for Migration Studies, 1981, p. 3 e ss.
- ZOLO, Danilo, “Artigo 4.º - Proibição da Tortura e dos tratos ou penas desumanos ou degradantes”, AA.VV., *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Almedina, 2013, p. 77 e ss.

## JURISPRUDÊNCIA

### 1) Sistema do Conselho da Europa

(Disponíveis para consulta *in* <http://hudoc.echr.coe.int/>)

#### 1.1. Comissão Europeia dos Direitos do Homem (ComEDH)

Dec. de 11/01/1961, *Áustria c. Itália*, queixa n.º 788/60

Dec. de 20/06/1964, *X. c. Áustria e Jugoslávia*, queixa n.º 2143/64

Dec. de 15/07/1967, *Singh c. Reino Unido*, queixa n.º 2992/66

Dec. de 15/12/1967, *X, Y, Z, V. e W. c. Reino Unido*, queixa n.º 3325/67

Dec. de 15/12/1969, *X c. República Federal da Alemanha*, queixa n.º 3745/68

Dec. de 08/02/1972, *X e Y c. Reino Unido*, queixa n.º 5269/71

Dec. de 03/10/1972, *X. c. Reino Unido*, queixa n.º 5301/71

Dec. de 11/10/1973, *Amekrane c. Reino Unido*, queixa n.º 5961/72

Dec. de 14/12/1973, *East-African Asian Cases*, queixas n.º 4403/70, 4404/70, 4405/70 e 4406/70

Dec. de 24/05/1974, *I.B. c. República Federal da Alemanha*, queixa n.º 6242/73

Dec. de 03/10/1975, *Becker c. Dinamarca*, queixa n.º 7011/75

Dec. de 12/07/1976, *X. c. Alemanha*, queixa n.º 7175/75

Dec. de 06/10/1976, *Lynas c. Suíça*, queixa n.º 7317/75

Dec. de 07/10/1976, *X e Y c. Suécia*, queixa n.º 7376/76

Dec. de 17/12/1976, *Agee c. Reino Unido*, queixa n.º 7729/76

Dec. de 19/05/1977, *Foreign Students c. Reino Unido*, queixa n.º 7671/76

Dec. de 06/07/1977, *Kalderas Gypsies c. República Federal da Alemanha e Holanda*, queixas n.º 7823/77 e 7824/77

Dec. de 17/07/1977, *X e Y c. Suíça*, queixa n.º 7289/75 e 7349/76

Dec. de 15/12/1977, *X. c. República Federal da Alemanha*, queixa n.º 8041/77

Dec. de 06/05/1978, *Kotalla c. Holanda*, queixa n.º 7994/77

Dec. de 19/07/1978, *X. c. RFA*, queixa n.º 3110/67

Dec. de 20/01/1979, *Chipre c. Turquia*, queixa n.º 6950/75

Dec. de 02/05/1979, *Singh and Uppal c. Reino Unido*, queixa n.º 8244/78

Dec. de 14/05/1980, *Mohammed Kamal c. Reino Unido*, queixa n.º 8378/78

Dec. de 17/07/1980, *Giama c. Bélgica*, queixa n.º 7612/76

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

Dec. de 19/03/1981, *Omkananda and the Divine Light Zentrum c. Suíça*, queixa n.º 8118/77.

Dec. de 06/05/1981, *K. c. Reino Unido*, queixa n.º 8245/78

Dec. de 08/12/1981, *X c. República Federal da Alemanha*, queixa n.º 9478/81

Dec. de 06/03/1982, *X. c. Reino Unido*, queixa n.º 8231/78

Dec. de 06/03/1982, *X. c. Reino Unido*, queixa n.º 9088/80

Dec. de 13/07/1982, *Zamir c. Reino Unido*, queixa n.º 9174/80

Dec. de 14/07/1982, *Família X c. Reino Unido*, queixa n.º 9492/81

Dec. de 05/10/1982, *X. c. França*, queixa n.º 9993/82

Dec. de 03/05/1983, *X e Y c. Reino Unido*, queixa n.º 9369/81

Dec. de 03/05/1983, *Altun c. República Federal da Alemanha*, queixa n.º 10308/83

Dec. de 11/10/1983, *Zamir c. Reino Unido*, queixa n.º 9174/80

Dec. de 12/03/1984, *Kirkwood c. Reino Unido*, queixa n.º 10479/83

Dec. de 05/07/1984, *K. c. Bélgica*, queixa n.º 10819/84

Dec. de 28/11/1984, *Rasmussen c. Dinamarca*, queixa n.º 8777/79

Dec. de 08/03/1985, *Berrehab e Koster c. Holanda*, queixa n.º 10730/84

Dec. de 05/03/1986, *Harabi c. Holanda*, queixa n.º 10798/84

Dec. de 16/10/1986, *Lukka c. Reino Unido*, queixa n.º 12122/86

Dec. de 22/01/1987, *B. c. França*, queixa n.º 11722/85

Dec. de 05/10/1987, *McOM c. Holanda*, queixa n.º 12139/86

Dec. de 24/03/1988, *Olsson c. Suécia*, queixa n.º 10465/83

Dec. de 11/03/1989, *Whitehead c. Itália*, queixa n.º 13930/88

Dec. de 07/12/1989, *Mansi c. Suécia*, queixa n.º 15658/89

Dec. de 12/02/1990, *Fadele c. Reino Unido*, queixa n.º 13078/87

Dec. de 16/03/1990, *M. c. Suécia*, queixa n.º 16279/90

Dec. de 01/10/1990, *Wakefield c. Reino Unido*, queixa n.º 15817/89

Dec. de 04/12/1990, *Farmakopoulos c. Bélgica*, queixa n.º 11683/85

Dec. de 12/01/1991, *A. c. F. c. Turquia*, queixa n.º 14401/88

Dec. de 04/07/1991, *Fadele c. Reino Unido*, queixa n.º 13078/87

Dec. de 14/10/1991, *R. c. Dinamarca*, queixa n.º 16381/90

Dec. de 06/01/1992, *Alilouch El Abasse c. Holanda*, queixa n.º 14501/89



## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

Dec. de 29/06/1992, *Rabia Bibi c. Reino Unido*, queixa n.º 19628/92

Dec. de 02/12/1992, *Yonef Ayadi c. França*, queixa n.º 18000/91

Dec. de 13/01/1993, *Voulfovitch e Oulianova c. Suécia*, queixa n.º 19373/92

Dec. de 21/02/1993, *Abmut c. Holanda*, queixa n.º 21702/93

Dec. de 09/07/1993, *A. c. São Marino*, queixa n.º 21069/92

Dec. de 05/04/1994, *K.D. c. Suíça*, queixa n.º 22882/93

Dec. de 06/07/1994, *Nsona c. Holanda*, queixa n.º 23366/94

Dec. de 05/09/1994, *H. c. Suécia*, queixa n.º 22408/93

Dec. de 30/11/1994, *Maikoe e Baboelal c. Holanda*, queixa n.º 22791/93

Dec. de 02/03/1995, *H.L.R. c. França*, queixa n.º 24573/94

Dec. de 04/04/1995, *Gül c. Suíça*, queixa n.º 23218/94

Dec. de 23/10/1995, *Sorabjee c. Reino Unido*, queixa n.º 23938/94

Dec. de 15/05/1996, *Poku c. Reino Unido*, queixa n.º 26985/95

Dec. de 03/12/1996, *Hüsnü Özk c. Alemanha*, queixa n.º 32168/96

Dec. de 12/01/1998, *Aboikonie e Read c. Holanda*, queixa n.º 26336/95

Dec. de 05/08/1998, *Ali c. Suíça*, queixa n.º 24881/94

### 1.2. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH)

(Disponíveis para consulta in <http://curia.europa.eu/>)

Dec. de 23/07/1968, caso “*relative a certains aspects du regime linguistique de l’enseignement en Belgique*”, queixas n.º 1474/62 ; 1677/62 ; 1691/62 e outras

Dec. de 21/02/1975, *Golder c. Reino Unido*, queixa n.º 4451/70

Dec. de 07/12/1976, *Handyside c. Reino Unido*, queixa n.º 5493/72

Dec. de 18/01/1978, *Irlanda c. Reino Unido*, queixa n.º 5310/71

Dec. de 25/04/1978, *Tyrer c. Reino Unido*, queixa n.º 5856/72

Dec. de 27/06/1978, *Wemboff c. Alemanha*, queixa n.º 2122/64

Dec. de 28/06/1978, *König c. Alemanha*, queixa n.º 6232/73

Dec. 06/09/1978, *Klass e outros c. Alemanha*, queixa n.º 5029/71

Dec. de 13/06/1979, *Marckx c. Bélgica*, queixa n.º 6833/74

Dec. de 09/10/1979, *Airey c. Irlanda*, queixa n.º 6289/73

Dec. de 25/03/1983, *Silver e Outros c. Reino Unido*, queixas n.º 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 e 7136/75

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

- Dec. de 08/03/1985, *Berrehab e Koster c. Holanda*, queixa n.º 10730/84
- Dec. de 28/05/1985, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali c. Reino Unido*, queixas n.º 9214/80; 9473/81; 9474/81
- Dec. de 29/05/1986, *Feldbrugge c. Holanda*, queixa n.º 8562/79
- Dec. de 21/10/1986, *Sanchez-Reisse c. Suíça*, queixa n.º 9862/82
- Dec. de 24/11/1986, *Gillow c. Reino Unido*, queixa n.º 9063/80
- Dec. de 02/12/1986, *K. e F. c. Holanda*, queixa n.º 12543/86
- Dec. de 18/12/1986, *Bozano c. França*, queixa n.º 9990/82
- Dec. de 18/12/1986, *Jonhston e outros c. Holanda*, queixa n.º 9697/82
- Dec. de 08/07/1987, *B. c. Reino Unido*, queixa n.º 9840/82
- Dec. de 21/06/1988, *Berrehab c. Holanda*, queixa n.º 10730/84
- Dec. de 07/07/1989, *Soering c. Reino Unido*, queixa n.º 14038/88
- Dec. de 18/02/1991, *Moustaquim c. Bélgica*, queixa n.º 12313/86
- Dec. de 20/03/1991, *Cruz Varas c. Suécia*, queixa n.º 15576/89
- Dec. de 30/10/1991, *Vilvarajah e outros c. Reino Unido*, queixas n.º 13163/87, 13164/87 e 13165/87
- Dec. de 26/03/1992, *Beldjoudi c. França*, queixa n.º 12083/86
- Dec. de 27/08/1992, *Tomasi c. França*, queixa n.º 12850/87
- Dec. de 24/09/1992, *Kolompas c. Bélgica*, queixa n.º 11613/85
- Dec. de 16/12/1992, *Niemietz c. Alemanha*, queixa n.º 13710/88
- Dec. de 21/02/1993, *Abmut c. Holanda*, queixa n.º 21702/93
- Dec. de 28/06/1993, *Lamguindaz c. Reino Unido*, queixa n.º 16152/90
- Dec. de 27/10/1994, *Kroon e outros c. Holanda*, queixa n.º 18535/91
- Dec. de 22/03/1995, *Quinn c. França*, queixa n.º 18580/91
- Dec. de 23/03/1995, *Loizidou c. Turquia*, queixa n.º 15318/89
- Dec. de 27/04/1995, *Piermont c. França*, queixas n.º 15773/89, 15774/89
- Dec. de 16/06/1995, *Keegan c. Irlanda*, queixa n.º 28867/03
- Dec. de 13/07/1995, *Nasri c. França*, queixa n.º 19465/92
- Dec. de 19/02/1996, *Gül c. Suíça*, queixa n.º 23218/94
- Dec. de 24/04/1996, *Boughanemi c. França*, queixa n.º 22070/93
- Dec. de 25/06/1996, *Amuur c. França*, queixa n.º 19776/92
- Dec. de 07/08/1996, *C. c. Bélgica*, queixa n.º 21794/93

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

- Dec. de 16/09/1996, *Gaygusuz c. Áustria*, queixa n.º 17371/90
- Dec. de 15/11/1996, *Chahal c. Reino Unido*, queixa n.º 22414/93
- Dec. de 28/11/1996, *Abmut c. Holanda*, queixa n.º 21702/93
- Dec. de 28/11/1996, *Nsona c. Holanda*, queixa n.º 23366/94
- Dec. de 17/12/1996, *Ahmed c. Áustria*, queixa n.º 25964/94
- Dec. de 29/01/1997, *Bouchelkia c. França*, queixa n.º 23078/93
- Dec. de 29/01/1997, *El Boujaïdi c. França*, queixa n.º 25613/94
- Dec. de 22/04/1997, *X, Y e Z c. Reino Unido*, n.º 21830/93
- Dec. de 29/04/1997, *H.L.R. c. França*, queixa n.º 24573/94
- Dec. de 02/05/1997, *D. c. Reino Unido*, queixa n.º 30240/96
- Dec. de 21/10/1997, *Boujlifa c. França*, queixa n.º 25404/94
- Dec. de 30/01/1998, *Partido Comunista Unificado c. Turquia*, queixa n.º 133/1996/752/951
- Dec. de 19/02/1998, *Dalia c. França*, queixa n.º 26102/95
- Dec. de 28/10/1998, *Söderbäck c. Suécia*, queixa n.º 24484/94
- Dec. de 23/02/1999, *Andric c. Suécia*, queixa n.º 45917/99
- Dec. de 23/02/1999, *Juric c. Suécia*, queixa n.º 45924/99
- Dec. de 28/07 1999, *Selmouni c. França*, queixa n.º 25803/94
- Dec. de 09/11/1999, *Schober c. Áustria*, queixa n.º 34891/97
- Dec. de 30/11/1999, *Baghli c. França*, queixa n.º 34374/97
- Dec. de 03/02/2000, *Aslan c. Malta*, queixa n.º 29493/95
- Dec. de 15/02/2000, *S.C.C. c. Suécia*, queixa n.º 46553/99
- Dec. de 07/03/2000, *TI c. Reino Unido*, queixa n.º 43844/98
- Dec. de 22/03/2000, *Maaouia c. França*, queixa n.º 39652/98.
- Dec. de 30/05/2000, *Issa e Outros c. Turquia*, queixa n.º 31821/96
- Dec. de 11/07/2000, *Ciliz c. Holanda*, queixa n.º 29192/95
- Dec. de 11/07/2000, *Jabari c. Turquia*, queixa n.º 40035/98
- Dec. de 19/09/2000, *Ilic c. Croácia*, queixa n.º 42389/98
- Dec. de 07/11/2000, *P.R. c. Holanda*, queixa n.º 39391/98
- Dec. de 09/01/2001, *J.M. c. Holanda*, queixa n.º 38047/97
- Dec. de 11/01/2001, *Xhavara e outros c. Itália e Albânia*, queixa n.º 39473/98

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

- Dec. de 06/02/2001, *Bensaid c. Reino Unido*, queixa n.º 44599/98
- Dec. de 08/02/2001, *Deljijaj c. Alemanha*, queixa n.º 35424/97
- Dec. de 13/02/2001, *Ezzgoubdi c. França*, queixa n.º 47160/99
- Dec. de 16/02/2001, *Einborn c. França*, queixa n.º 71555/01
- Dec. de 06/03/2001, *Hilal c. Reino Unido*, queixa n.º 45276/99
- Dec. de 22/05/2001, *Baumann c. França*, queixa n.º 33592/96
- Dec. de 31/05/2001, *Fatgan Katani e outros c. Alemanha*, queixa n.º 67/679/01
- Dec. de 10/07/2001, *Price c. Reino Unido*, queixa n.º 33394/96
- Dec. de 02/08/2001, *Boultif c. França*, queixa n.º 54273/00
- Dec. de 21/09/2001, *Havelka e outros c. República Checa*, queixa n.º 23499/06
- Dec. de 12/12/2001, *Bankovic e outros c. Bélgica e outros*, queixa n.º 52207/99
- Dec. de 21/12/2001, *Sen c. Holanda*, queixa n.º 31465/96
- Dec. de 05/02/2002, *Conka c. Bélgica*, queixa n.º 51564/99
- Dec. de 14/03/2002, *Sejdovic e Sulejmanovic c. Itália*, queixa n.º 57574/00
- Dec. de 06/06/2002, *Al Nashif c. Bulgária*, queixa n.º 50963/99
- Dec. de 11/07/2002, *Amrollahi c. Dinamarca*, queixa n.º 56811/00
- Dec. de 04/09/2002, *Mikulic c. Croácia*, queixa n.º 53176/99
- Dec. de 31/10/2002, *Yildiz c. Áustria*, queixa n.º 37295/97
- Dec. de 14/11/2002, *Mouisel c. França*, queixa n.º 67263/01
- Dec. de 17/01/2003, *Aoulmi c. França*, queixa n.º 50278/99
- Dec. de 06/02/2003, *Jakupovic c. Áustria*, queixa n.º 36757/97
- Dec. de 06/02/2003, *Mamatkulov e Abdurasulovic c. Turquia*, queixas n.º 46827/99 e 46951/99
- Dec. de 25/03/2003, *I.M.c. Holanda*, queixa n.º 41226/98
- Dec. de 10/04/2003, *Mehemi c. França*, queixa n.º 53470/99
- Dec. de 17/04/2003, *Yilmaz c. Alemanha*, queixa n.º 52853/99
- Dec. de 13/05/2003, *Chandra e outros c. Holanda*, queixa n.º 53102/99
- Dec. de 15/05/2003, *Gribenko c. Letónia*, queixa n.º 76878/01
- Dec. de 24/06/2003, *Arcila Henao c. Holanda*, queixa n.º 13669/03
- Dec. de 10/07/2003, *Benbebba c. França*, queixa n.º 53441/99
- Dec. de 15/07/2003, *Mokrani c. França*, queixa n.º 52206/99

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

Dec. de 30/09/2003, *Kona Poirrez c. França*, queixa n.º 40892/98

Dec. de 09/10/2003, *Slivenko c. Letónia*, queixa n.º 48321/99

Dec. de 27/11/2003, *Shamsa c. Polónia*, queixa n.º 45355/99 45357/99

Dec. de 08/01/2004, *Voggenreiter c. Alemanha*, queixa n.º 47169/99

Dec. de 17/02/2004, *Venkadajalasarma c. Holanda*, queixa n.º 58510/00

Dec. de 22/04/2004, *Radovanovic c. Áustria*, queixa n.º 42703/98

Dec. de 22/06/2004, *Ndangoya c. Suécia*, queixa n.º 1768/03

Dec. de 22/06/2004, *Bronionski c. Polónia*, queixa n.º 31443/96

Dec. de 06/07/2004, *Ramos Andrade c. Holanda*, queixa n.º 5375/00

Dec. de 08/07/2004, *Ilascu et al. c. Moldávia e Rússia*, queixa n.º 48787/99

Dec. de 27/07/2004, *Sidabras e Džiautas c. Lituânia*, queixas n.º 55480/00 e 59330/00

Dec. de 09/12/2004, *Byaburanga c. Dinamarca*, comunicação n.º 1222/2003

Dec. de 25/01/2005, *Singh c. República Checa*, queixa n.º 60538/00

Dec. de 04/02/2005, *Mamatkoulov e Askarov c. Turquia*, queixa n.º 46827/99 46951/99

Dec. de 05/04/2005, *Benamar c. Holanda*, queixa n.º 43786/04

Dec. de 12/04/2005, *Chamaïev e outros c. Georgia e Rússia*, queixa n.º 36378/02

Dec. de 26/04/2005, *Müslim c. Turquia*, queixa n.º 53566/99

Dec. de 12/05/2005, *Öcalan c. Turquia*, queixa n.º 46221/99

Dec. de 16/06/2005, *Sisojeva c. Letónia*, queixa n.º 60654/00

Dec. de 16/06/2005, *Berisha e Haljiti c. Macedónia*, queixa n.º 8670/03

Dec. de 26/06/2005, *N. c. Finlândia*, queixa n.º 38885/02

Dec. de 30/06/2005, *Bosphorus c. Irlanda*, queixa n.º 45036/98

Dec. de 26/07/2005, *Siliadin c. França*, queixa n.º 26/07/2005

Dec. de 15/09/2005, *Bonger c. Holanda*, queixa n.º 10154/04

Dec. de 27/09/2005, *Hukic c. Suécia*, queixa n.º 17416/05

Dec. de 20/10/2005, *Haydarie a.o. c. Holanda*, queixa n.º 8876/04

Dec. de 25/10/2005, *Nagula c. Estónia*, queixa n.º 39203/02

Dec. de 25/10/2005, *Niedzwiecki c. Alemanha*, queixa n.º 58453/00

Dec. de 25/10/2005, *Okpísz c. Alemanha*, queixa n.º 59140/00.

Dec. de 27/10/2005, *Keles c. Alemanha*, queixa n.º 32231/02

Dec. de 08/11/2005, *Bader e Kanbor c. Suécia*, queixa n.º 13284/04

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

- Dec. de 01/12/2005, *Tuquabo-Tekle e outros c. Holanda*, queixa n.º 60665/00
- Dec. de 06/12/2005, *İletmiş c. Turquia*, queixa n.º 29871/96
- Dec. de 17/01/2006, *Aoulmi c. França*, queixa n.º 50278/99
- Dec. de 17/01/2006, *Aristimuno Mendizabal c. França*, queixa n.º 51431/99
- Dec. de 31/01/2006, *Rodrigues da Silva e Hoogkamer c. Holanda*, queixa n.º 50435/99
- Dec. de 11/04/2006, *Useinov c. Holanda*, queixa n.º 61292/00
- Dec. de 23/05/2006, *Riener c. Bulgária*, queixa n.º 46343/99
- Dec. de 08/06/2006, *Lupsa c. Roménia*, queixa n.º 10337/04
- Dec. de 15/06/2006, *Shevanova c. Letónia*, queixa n.º 58822/00
- Dec. de 22/06/2006, *Kaftailova c. Letónia*, queixa n.º 59643/00.
- Dec. de 11/07/2006, *Jalloh c. Alemanha*, queixa n.º 54810/00
- Dec. de 05/10/2006, *Bolat c. Rússia*, queixa n.º 14139/03
- Dec. de 12/10/2006, *Kaya c. Roménia*, queixa n.º 33970/05
- Dec. de 12/10/2006, *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Bélgica*, queixa n.º 13178/03
- Dec. de 18/10/2006, *Üner c. Holanda*, queixa n.º 46410/99
- Dec. de 14/12/2006, *Markovic c. Itália*, queixa n.º 1398/03
- Dec. de 11/01/2007, *Salah Sheekh c. Holanda*, queixa n.º 1948/04
- Dec. de 20/02/2007, *Al-Moayad c. Alemanha*, queixa n.º, 35865/03
- Dec. de 08/03/2007, *Akaziebie c. Suécia*, queixa n.º 23944/05
- Dec. de 26/04/2007, *Konstantinov c. Holanda*, queixa n.º 16351/03
- Dec. de 26/04/2007, *Gebre-medhin c. França*, queixa n.º 25389/05
- Dec. de 07/06/2007, *Garabaïev c. Rússia*, queixa n.º 38411/02
- Dec. de 01/10/2007, *Nasrulloev c. Rússia*, queixa n.º 656/06
- Dec. de 20/09/2007, *Yildirim c. Roménia*, queixa n.º 21186/02
- Dec. de 20/09/2007, *Sultani c. França*, queixa n.º 45223/05
- Dec. de 08/11/2007, *Perry c. Letónia*, queixa n.º 30273/03
- Dec. de 27/11/2007, *Lucsak c. Polónia*, queixa n.º 77782/01
- Dec. de 06/12/2007, *Liu c. Rússia*, queixa n.º 42086/05.
- Dec. de 20/12/2007, *El Majjaoui e outro c. Holanda*, queixa n.º 25525/03
- Dec. de 08/01/2008, *Epsteine e outros c. Bélgica*, queixa n.º 9717/05

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

- Dec. de 24/01/2008, *Riad e Idiab c. Bélgica*, queixa n.º 29787/03 e 29810/03
- Dec. de 29/01/2008, *Saadi c. Reino Unido*, queixa n.º 13229/03
- Dec. de 28/02/2008, *Saadi c. Itália*, queixa n.º 37201/06
- Dec. de 24/04/2008, *C.G. e outros c. Bulgária*, queixa n.º 1365/07
- Dec. de 27/05/2008, *N. c. Reino Unido*, queixa n.º 26565/05
- Dec. de 23/06/2008, *Maslov c. Áustria*, queixa n.º 1638/03
- Dec. de 31/07/2008, *Darren Omoregie e outros c. Noruega*, queixa n.º 265/07
- Dec. de 03/02/2009, *Women on waves e outros c. Portugal*, queixa n.º 31276/05
- Dec. de 12/02/2009, *Nolan e K. c. Rússia*, queixa n.º 2512/04
- Dec. de 17/02/2009, *Onur c. Reino Unido*, queixa n.º 27319/07
- Dec. de 18/02/2009, *Andrejeva c. Letónia*, queixa n.º 55707/00
- Dec. de 19/02/2009, *A. e outros c. Reino Unido*, queixa n.º 3455/05
- Dec. de 10/03/2009, *Anakomba Yula c. Bélgica*, queixa n.º 45413/07
- Dec. de 18/03/2009, *Saviny c. Ucrânia*, queixa n.º 39948/06
- Dec. de 31/03/2009, *Weller c. Hungria*, queixa n.º 44399/05
- Dec. de 28/05/2009, *Bigaeva c. Grécia*, queixa n.º 26713/05
- Dec. de 22/09/2009, *Abdolkhani and Karimnia c. Turquia*, queixa n.º 30471/08
- Dec. de 08/10/2009, *Mikolenko c. Estónia*, queixa n.º 10664/05
- Dec. de 29/10/2009, *Si Amer c. França*, queixa n.º 29137/06
- Dec. de 24/11/2009, *Omojudi c. Reino Unido*, queixa n.º 1820/08
- Dec. de 12/01/2010, *Khan c. Reino Unido*, queixa n.º 47486/06
- Dec. de 02/02/2010, *Dalea c. França*, queixa n.º 964/07
- Dec. de 18/02/2010, *Baysakov e outros c. Ucrânia*, queixa n.º 54131/08
- Dec. de 09/03/2010, *R.C. c. Suécia*, queixa n.º 41827/07
- Dec. de 20/05/2010, *Kbaydarov c. Rússia*, queixa n.º 21055/09
- Dec. de 20/05/2010, *Cox c. Turquia*, queixa n.º 2933/03
- Dec. de 13/07/2010, *Kurić e outros c. Eslovénia*, queixa n.º 26828/06
- Dec. de 20/07/2010, *N. c. Suécia*, queixa n.º 23505/09
- Dec. de 20/07/2010, *A.c. Holanda*, queixa n.º 4900/06
- Dec. de 27/07/2010, *Louled Massoud c. Malta*, queixa n.º 24340/08

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

Dec. de 23/09/2010, *Bousarra c. França*, queixa n.º 25672/07

Dec. de 21/12/2010, *Anayo c. Alemanha*, queixa n.º 20578/07

Dec. de 21/01/2011, *M.S.S. c. Bélgica e Grécia*, queixa n.º 30696/09

Dec. de 10/03/2011, *Kiyutin c. Rússia*, queixa n.º 2700/10

Dec. de 31/03/2011, *Nowak c. Ucrânia*, queixa n.º 60846/10

Dec. de 05/04/2011, *Rahimi c. Grécia*, queixa n.º 8687/08

Dec. de 14/06/2011, *Osman c. Dinamarca*, queixa n.º 38058/09.

Dec. de 21/06/2011, *Ponomaryovi c. Bulgária*, queixa n.º 5335/05

Dec. de 28/06/2011, *Nunez c. Noruega*, queixa n.º 55597/09

dec. de 28/06/2011, *Sufi e Elmi c. Reino Unido*, queixas n.º 8319/07 e 11449/07

Dec. de 03/07/2011, *Javed c. Holanda*, queixa n.º 47390/99

Dec. de 07/07/2011, *Al-Jedda c. Reino Unido*, queixa n.º 27021/08

Dec. de 26/07/2011, *M. e outros c. Bulgária*, queixa n.º 41416/08

Dec. de 20/09/2011, *A.A. c. Reino Unido*, queixa n.º 8000/08

Dec. de 27/09/2011, *Alim c. Rússia*, queixa n.º 39417/07

Dec. de 11/10/2011, *Auad c. Bulgária*, queixa n.º 46390/10

Dec. de 20/12/2011, *Yob-Ekale Mwanje c. Bélgica*, queixa n.º 10486/10

Dec. de 10/01/2012, *G.R. c. Holanda*, queixa n.º 22251/07

Dec. de 17/01/2012, *Othman c. Reino Unido*, queixa n.º 8139/09.

Dec. de 19/01/2012, *Popov c. França*, queixa n.º 39472/07

Dec. de 14/02/2012, *Antwi c. Noruega*, queixa n.º 26940/10

Dec. de 23/02/2012, *Hirsi Jamaa e outros c. Itália*, queixa n.º 27765/09

Dec. de 27/03/2012, *Mannai c. Itália*, queixa n.º 9961/10

Dec. de 10/04/2012, *Balogun c. Reino Unido*, queixa n.º 60286/09

Dec. de 15/05/2012, *S.F. e outros c. Suécia*, queixa n.º 52077/10

Dec. de 26/06/2012, *Kuric c. Eslovénia*, queixa n.º 2628/06

Dec. de 28/06/2012, *A.A. e outros c. Suécia*, queixa n.º 14499/09

Dec. de 03/07/2012, *Samsonnikov c. Estónia*, queixa n.º 52178/10

Dec. de 04/07/2012, *B.S. c. Espanha*, queixa n.º 47159/08

Dec. de 31/07/2012, *Mahmundi e outros c. Grécia*, queixa n.º 14902/10



## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

- Dec. de 12/09/2012, *Nada c. Suíça*, queixa n.º 10593/08
- Dec. de 18/09/2012, *Umirov c. Rússia*, queixa n.º 17455/11
- Dec. de 06/11/2012, *Hode e Abdi c. Reino Unido*, queixa n.º 22341/09
- Dec. de 15/11/2012, *Kissina Koffi c. Suíça*, queixa n.º 38005/07
- Dec. de 15/11/2012, *Shala c. Suíça*, queixa n.º 52873/09
- Dec. de 27/11/2012, *Stamose c. Bulgária*, queixa n.º 29713/05
- Dec. de 04/12/2012, *Hamidovic c. Itália*, queixa n.º 31956/05
- Dec. de 13/12/2012, *El Masri c. Ex-República Jugoslava da Macedónia*, queixa n.º 39630/09
- Dec. de 29/01/2013, *De Souza Ribeiro c. França*, queixa n.º 22689/07
- Dec. de 29/01/2013, *S.H.H. c. Reino Unido*, queixa n.º 60367/10
- Dec. de 05/02/2013, *Zokhidov c. Rússia*, queixa n.º 67286/10
- Dec. de 12/02/2013, *Amie e outros c. Bulgária*, queixa n.º 58149/08
- Dec. de 28/03/2013, *I.K. c. Austria*, queixa n.º 2964/12
- Dec. de 16/04/2013, *Udeb c. Suíça*, queixa n.º 12020/09
- Dec. de 16/04/2013, *Aswat c. Reino Unido*, queixa n.º 17299/12
- Dec. de 25/04/2013, *Savridin Dzburayev c. Rússia*, queixa n.º 71386/10
- Dec. de 30/05/2013, *Rafaa c. França*, queixa n.º 25393/10
- Dec. de 06/06/2013, *Mohammed c. Áustria*, queixa n.º 2283/12
- Dec. de 11/06/2013, *Hasanbasic c. Suíça*, queixa n.º 52166/09.
- Dec. de 20/06/2013, *Sidikory c. Rússia*, queixa n.º 73455/11
- Dec. de 27/06/2013, *A.G.A.M. c. Suécia*, queixa n.º 71680/10
- Dec. de 27/06/2013, *D.N.M. c. Suécia e S.A. c. Suécia*, queixas n.º 28379/11 e 66523/10
- Dec. de 23/07/2013, *M.A. c. Chipre*, queixa n.º 41872/10
- Dec. de 27/08/2013, *Mohammed e outros c. Holanda e Itália*, queixa n.º 40524/10 e outros
- Dec. de 05/09/2013, *K.A.B. c. Suécia*, queixa n.º 886/11
- Dec. de 06/12/2013, *D.N.W. c. Suécia*, queixa n.º 29946/10
- Dec. de 28/01/2014, *Khan c. Reino Unido*, queixa n.º 11987/11
- Dec. de 25/03/2014, *Palanci c. Suíça*, queixa n.º 2607/08
- Dec. de 25/03/2014, *Biao c. Dinamarca*, queixa n.º 38590/10
- Dec. de 08/04/2014, *Dhabbi c. Itália*, queixa n.º 17120/09

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

- Dec. de 26/06/2014, *Gablishvili c. Rússia*, queixa n.º 39428/12
- Dec. de 03/07/2014, *Georgia c. Rússia*, queixa n.º 13255/07
- Dec. de 24/07/2014, *Al Nashiri c. Polónia*, queixa n.º 28761/11
- Dec. de 04/09/2014, *Trabelsi c. Bélgica*, queixa n.º 140/10
- Dec. de 03/10/2014, *Jeunesse c. Holanda*, queixa n.º 12738/10
- Dec. de 21/10/2014, *Sharifi e outros c. Itália e Grécia*, queixa n.º 16643/09
- Dec. de 20/11/2014, *Jaloud c. Holanda*, queixa n.º 47708/08
- Dec. de 15/01/2015, *Esbonkulov c. Rússia*, queixa n. 68900/13
- Dec. de 26/02/2015, *Khalikov c. Rússia*, queixa n. 66373/13
- Dec. de 02/04/2015, *Sarközi e Mahran c. Áustria*, queixa n. 27945/10
- Dec. de 09/04/2015, *Muradeli c. Rússia*, queixa n.º 72780/12
- Dec. de 14/04/2015, *Tatar c. Suíça*, queixa n. 65692/12
- Dec. de 23/04/2015, *Khan c. Alemanha*, queixa n. 38030/12
- Dec. de 21/05/2015, *Mukhitdinov c. Rússia*, queixa n. 20999/14
- Dec. de 30/06/2015, *A.S. c. Suíça*, queixa n. 39350/13
- Dec. de 21/07/2015, *H.S. e outros c. Chipre*, queixa n. 41753/10

### 1.3.Comité Europeu dos Direitos Sociais

(Disponíveis para consulta [http:// www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/))

- Dec. de 08/09/2004, *International Federation of Human Rights Leagues c. França*, queixa n.º 14/2003
- Dec. de 20/10/2009, *Defence for Children International c. Holanda*, queixa n.º 47/2008
- Dec. de 23/06/2010, *Confédération Générale du Travail c. França*, queixa n.º 55/2009
- Dec. de 28/06/2011, *COHRE c. França*, queixa n.º 63/2010
- Dec. de 24/01/2012, *European Roma and Travellers Forum c. França*, queixa n.º 64/2011

## 2) Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias / Tribunal de Justiça da União Europeia

(Disponíveis para consulta *in* <http://curia.europa.eu/>)

- Ac. de 11/11/1969, *Stauder*, proc. n.º C-29/69
- Ac. de 14/05/1974, *Nold*, proc. n.º C-4/73
- Ac. 04/12/1974, *Van Duyn*, proc. n.º 41/74
- Ac. de 26/02/1975, *Bonsignore*, proc. n.º 67/74
- Ac. de 28/10/1975, *Rutili*, proc. n.º 36/75

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

- Ac. de 08/04/1976, *Royer*, proc. n.º C-48/75
- Ac. de 12/07/1979, *Comissão c. Alemanha*, proc. n.º 153/78
- Ac. de 22/05/1980, *Santillo*, proc. n.º 131/79
- Ac. de 18/05/1982, *Cornuaille*, proc. n.º C-115/81, C-116/81
- Ac. de 19/10/1983, *Lucchini c. Comissão*, proc. n.º 179/82
- Ac. de 13/02/1985, *Diatta*, proc. n.º 267/83
- Ac. de 15/03/1986, *Johnston*, proc. n.º 222/84
- Ac. de 17/04/1986, *Reed*, proc. n.º 59/85
- Ac. de 15/05/1986, *Johnston*, proc. n.º 222/84
- Ac. de 30/09/1987, *Demirel*, proc. n.º C-12/86
- Ac. de 02/02/1989, *Cowan*, proc. n.º 186/87
- Ac. de 18/05/1989, *Comissão das Comunidades Europeias c. República Federal da Alemanha*, proc. n.º 249/86
- Ac. de 27/03/1990, *Rush Portuguesa*, proc. n.º C-113/89
- Ac. de 07/07/1992, *Micheletti*, proc. n.º C-369/90
- Ac. de 20/10/1993, *Collins*, proc. n.º C-92/92 e C-326/92
- Ac. de 09/08/1994, *Vander Elst*, proc. n.º C-43/93
- Ac. de 20/03/1997, *Hayes*, proc. n.º C-323/95
- Ac. de 02/10/1997, *Saldanha*, proc. n.º C-122/96
- Ac. de 17/02/1998, *Grant*, proc. n.º C-249/96
- Ac. de 29/10/1998, *Comissão c. Espanha*, proc. n.º C-114/97
- Ac. de 21/09/1999, *Florus Ariël Wijzenbeek*, C-378/97
- Ac. de 22/07/2000, *Eyyup*, proc. n.º C-65/98
- Ac. de 05/10/2000, *Alemanha c. Comissão*, proc. n.º C-288/96
- Ac. de 31/05/2001, *D c. Conselho* proc. n.º C-122/99 e C-125/99
- Ac. de 20/09/2001, *Grzelezyk*, proc. n.º C- C- 184/99
- Ac. de 27/09/2001, *Kondova*, proc. n.º C-235/99
- Ac. de 08/01/2002, *France c. Monsanto*, proc. n.º C-248/99
- Ac. de 06/06/2002, *Ricordi*, proc. n.º 360/00
- Ac. de 11/07/2002, *Carpenter*, proc. n.º C-60/00
- Ac. de 22/07/2002, *MRAX*, proc. C-459/99

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

- Ac. de 17/09/2002, *Baumbast*, proc. n.º C- 413/99
- Ac. de 26/11/2002, *Olažabal*, proc. n. C-100-01
- Ac. de 20/05/2003, *Rechnungshof*, proc. n.º C- 465/00, C-138/01 e C-139/01
- Ac. de 23/09/2003, *Akrich*, proc. n.º C-109/01
- Ac. de 29/04/2004, *Orfanopoulos*, procs. apensos n.º C-482/01 e C-493/01.
- Ac. de 19/10/2004, *Chen*, proc. n.º C-200/02
- Ac. de 21/01/2006, *Comissão c. Espanha*, proc. n.º C-503/03
- Ac. de 27/04/2006, *Comissão das Comunidades Europeias c. República Federal da Alemanha*, proc. n.º C-441/02
- Ac. de 27/06/2006, *Parlamento Europeu c. Conselho*, proc. n.º C-540/2003
- Ac. de 24/01/2008, *Payir*, proc. n.º C – 294/06
- Ac. de 10/07/2008, *Feryn*, proc. n.º C- 54/07
- Ac. de 25/07/2008, *Metock*, proc. n.º C-127/08
- Ac. de 04/06/2009, *Vatsonras e Koupatantze*, proc. n.º C-22/08 e C-23/08
- Ac. de 22/10/2009, *Zurita e Choque*, proc. n.º C-261/08 e C-348/08
- Ac. de 30/11/2009, *Kadzøev*, proc. n.º C-357/09
- Ac. de 04/03/2010, *Chakroun*, proc. n.º C-578/08
- Ac. de 08/03/2011, *Zambrano*, proc. n.º C-34/09
- Ac. de 28/04/2011, *El Dridi*, proc. n.º C- 61/11
- Ac. de 15/11/2011, *Dereci*, proc. n.º C-256/11
- Ac. de 06/12/2011, *Achughbabian*, proc. n.º C-329/11
- Ac. de 21/12/2011, *N.S. e M.E.*, proc. n.º C-411/10 e C-493/10
- Ac. de 21/12/2011, *Cicala*, proc. n.º C-482/10
- Ac. de 24/04/2012, *Kamberaj*, proc. n.º C-571/10
- Ac. de 26/04/2012, *Comissão c. Países Baixos*, proc. n.º C-508/10
- Ac. de 22/05/2012, *P.I.*, proc. n.º C-348/09
- Ac. de 18/10/2012, *Singh*, proc. n.º C-502/10
- Ac. de 06/11/2012, *Otiš*, proc. n.º C-199/11
- Ac. de 08/11/2012, *Iida*, proc. n.º C-40/11
- Ac. de 22/11/2012, *M.M.*, proc. n.º C-277/11
- Ac. de 06/12/2012, *O. e S.*, proc. n.º C-356/11 e C-357/11

Ac. de 10/09/2013, *M.G. e N.R.*, proc. n.º C-383/13

Ac. de 19/12/2013, *Koushkaki*, proc. n.º C-84/12

Ac. de 05/06/2014, *Mabdi*, proc. n.º C-146/14

Ac. de 17/07/2014, *Marjan Noorzia*, proc. n.º C-338/13

Ac. de 17/07/2014, *Tabir*, proc. n.º C-469/13.

Ac. de 17/07/2014, *Bero e Bouzalmate*, proc. n.º C-473/13

Ac. de 17/07/2014, *Pham*, proc. n.º C-474/13.

Ac. de 10/09/2014, *Ben Alaya*, proc. n.º C-491/13

Ac. de 05/11/2014, *Mukarubega*, proc. n.º C-166/13

Ac. de 11/12/2014, *Khaled Boudjlida*, proc. n.º C-249/13

Ac. de 04/06/2015, *P e S*, proc. n.º C-579/13

Ac. de 11/06/2015, *Z. Zh. e I. O.*, proc. n.º C-554/13

Ac. de 09/07/2015, *K e A*, proc. n.º C-153/14

### 3) Decisões de organismos das Nações Unidas

#### 3.1. Comité dos Direitos Humanos

(disponíveis para consulta in <http://juris.ohchr.org/>)

Dec. de 31/03/1981, *A.S. c. Canadá*, comunicação n.º 68/1980

Dec. de 09/04/1981, *Maroufidou c. Suécia*, comunicação n.º 58/1979

Dec. de 29/07/1981, *Delia Saldías Lopez c. Uruguai*, comunicação n.º 52/1979

Dec. de 29/07/1981, *Lilian Celeberti de Casariego c. Uruguai*, comunicação n.º 56/1979

Dec. de 29/07/1981, *Lopez Burgos c. Uruguai*, comunicação n.º 72/1989

Dec. de 09/04/1981, *Aumeeruddy Cziffra e outros c. Mauritânia*, comunicação n.º 35/1978

Dec. de 05/11/1981, *Canón Garcia c. Equador*, comunicação n.º 319/1988

Dec. 03/04/1987, *Hammel c. Madagáscar*, comunicação n.º 155/1983

Dec. de 08/04/1987, *H. v. d. c. Países Baixos*, comunicação n.º 217/1986

Dec. de 18/07/1988, *V.R.M.B. c. Canadá*, comunicação n.º 236/1987

Dec. de 30/03/1989, *J.R.C. c. Costa Rica*, comunicação n.º 296/1988

Dec. de 03/04/1989, *Ibrahim Gueye e outros c. França*, comunicação n.º 196/1985

Dec. de 06/04/1989, *Pratt e Morgan c. Jamaica*, comunicação n.º 210/1987

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

- Dec. de 02/04/1990, *Torres c. Finlândia*, comunicação n.º 291/1988
- Dec. de 20/07/1990, *Giry c. República Dominicana*, comunicação n.º 193/1985
- Dec. de 15/08/1990, *Van Alphen c. Países Baixos*, comunicação n.º 305/1998
- Dec. de 30/07/1993, *Joseph Kindler c. Canada*, comunicação n.º 470/1991
- Dec. de 18/11/1993, *Barett e Sutcliffe c. Jamaica*, comunicação n.º 271/1988
- Dec. de 07/01/1994, *Chitat Ng c. Canada*, comunicação n.º 469/1991
- Dec. de 21/07/1994, *Peltonen c. Finlândia*, comunicação n.º 492/1992
- Dec. de 29/07/1994, *Balaguer Santacana c. Espanha*, comunicação n.º 417/1990
- Dec. de 19/06/1995, *Simunek c. República Checa*, comunicação n.º 516/1992
- Dec. de 09/12/1996, *Coeriel e outros c. Holanda*, comunicação n.º 453/1991
- Dec. de 16/12/1996, *Stewart c. Canadá*, comunicação n.º 538/1993
- Dec. de 30/04/1997, *A. c. Austrália*, comunicação n.º 560/1993
- Dec. de 20/06/1997, *Canepa c. Canada*, comunicação n.º 558/1993
- Dec. de 23/07/1997, *Van Oord c. Países Baixos*, comunicação n.º 658/1995
- Dec. de 28/07/1997, *A.R.J. c. Austrália*, comunicação n.º 692/1996
- Dec. de 01/08/1997, *Hopu e Bessert c. Espanha*, comunicação n.º 549/1993.
- Dec. de 04/11/1997, *T. c. Austrália*, comunicação n.º 706/1996
- Dec. de 04/12/1997, *G.T. c. Austrália*, comunicação n.º 706/1996
- Dec. de 26/10/2000, *Karker c. França*, comunicação n.º 833/1998
- Dec. de 02/11/2000, *M. Simalae Toala e outro c. Nova Zelândia*, comunicação n.º 675/1995
- Dec. de 12/06/2001, *Blazek c. República Checa*, comunicação n.º 857/1999
- Dec. de 02/07/2001, *Winata c. Austrália*, comunicação n.º 930/2000
- Dec. de 04/04/2002, *Karakurt c. Áustria*, comunicação n.º 965/2000
- Dec. de 15/04/2002, *Samba Jalloh c. Holanda*, comunicação n.º 794/1998
- Dec. de 28/10/2002, *C. c. Austrália*, comunicação n.º 900/99
- Dec. de 11/04/2003, *Sahid c. Nova Zelândia*, comunicação n.º 893/1999
- Dec. de 29/07/2003, *Ernst Zündel c. Canada*, comunicação n.º 953/2000
- Dec. de 05/08/2003, *Judge c. Canada*, queixa n.º 829/1998
- Dec. de 07/08/2003, *Rajan c. Nova Zelândia*, comunicação n.º 820/1998
- Dec. de 18/09/2003, *Baban c. Austrália*, comunicação n.º 1014/2001

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

Dec. de 29/10/2003, *Bakhtiyari c. Austrália*, comunicação n.º 1069/2002

Dec. de 14/06/2004, *Abani c. Canadá*, comunicação n.º 1051/2002

Dec. de 16/07/2004, *Benjamin Ngambi c. França*, comunicação n.º 1179/2003

Dec. de 26/08/2004, *Madafferi c. Austrália*, comunicação n.º 1011/2001

Dec. de 09/12/2004, *Byaburanga c. Dinamarca*, comunicação n.º 1222/2003

Dec. de 30/02/2007, *Mario Esposito c. Espanha*, comunicação n.º 1359/2005

Dec. de 20/07/2007, *El Dernawi c. Libya*, comunicação n.º 1143/2002

Dec. de 26/10/2007, *Tsarjov c. Estónia*, comunicação n.º 1223/2003

Dec. de 24/03/2009, *Persan c. República Checa*, comunicação n.º 1479/2006

Dec. de 27/07/2009, *Williams Lecraft c. Espanha*, comunicação n.º 1493/2006

Dec. de 18/03/2010, *Hamida c. Canadá*, comunicação n.º 1544/2007

Dec. de 25/03/2010, *Kaba c. Canadá*, comunicação n.º 1465/2006

Dec. de 25/03/2011, *Pillai e outros c. Canadá*, comunicação n.º 1763/2008

Dec. de 21/07/2011, *Warsame c. Canadá*, comunicação n.º 1959/2010

### 3.2. Comité contra a Tortura

(disponíveis para consulta in <http://juris.ohchr.org/>)

Dec. de 27/04/1994, *Mutombo c. Switzerland*, comunicação n.º 13/1993

Dec. de 08/05/1996, *Gorki Ernesto Tapia Paez c. Suécia*, comunicação n.º 39/1996

Dec. de 15/05/1998, *G.R.B. c. Suécia*, comunicação n.º 83/1997

Dec. de 16/11/1998, *Avedes Hamayak Korban c. Suécia*, comunicação n.º 88/1997

Dec. de 25/05/1999, *Sadiq Shek Elmi c. Austrália*, comunicação n.º 129/98

Dec. de 04/09/2000, *T.P.S. c. Canadá*, comunicação n.º 99/1997

Dec. de 14/11/2000, *AM c. Suíça*, comunicação n.º 180/2001

Dec. de 30/04/2002, *FFZ c. Canadá*, comunicação n.º 180/2001

Dec. de 16/11/2005, *S.S.S. c. Canadá*, comunicação n.º 245/2004

Dec. de 16/11/2007, *Bachan Singh Sogi c. Canada*, comunicação n.º 297/2006

### 3.3. Comité para a Eliminação da Discriminação Racial

(disponíveis para consulta in <http://juris.ohchr.org/>)

Dec. de 17/03/1999, *Ziad Ben Ahmed Habassi c. Dinamarca*, comunicação n.º 10/1997.

Dec. de 22/02/2008, *D.F. c. Austrália*, comunicação n.º 039/2006

Dec. de 14/08/2009, *D.R. c. Austrália*, comunicação n.º 42/2008

#### 4) Decisões de outros tribunais internacionais

##### 4.1. Tribunal Internacional de Justiça

(disponível in <http://www.icj-cij.org/>)

Dec. de 30/08/1924, *Mavrommatis Palestine Concessions case*, (Greece c. British Government), ICJ Reports 1924, p. 6

Dec. de 06/04/1955, *Nottebohm Case* (Liechtenstein c. Guatemala), ICJ Reports 1955, p. 4

Dec. de 10/04/1961, *Barcelona Traction, Light and Power Company*, (Bélgica c. Espanha), I.C.J. Reports 1961, p. 9

##### 4.2. Tribunais Arbitrais Internacionais

General Claims Commission Mexico-United States, *Harry Roberts case*, 1926, *Reports of the International Arbitral Awards*, vol. IV, United Nations, 2006, pp. 77-81

Mixed Claims Commission Belgium-Venezuela, *Boffolo y Paquet case*, 1903, *Reports of the International Arbitral Awards*, vol. IX, United Nations, 2006, pp. 319-347

Mixed Claims Commission Netherlands-Venezuelan, *Maal case*, 1903, *Reports of the International Arbitral Awards*, vol. X, United Nations, 2006, pp. 730-733

Comissão arbitral para a Jugoslávia, parecer n.º 1, de 29/11/1991, The research Centre for International law, University of Cambridge, *International Law Reports*, vol. 92, E.Lauterpacht, C.J. Greenwood (ed.), Grotius Publications Limited, 1993

#### 5) Jurisdições Constitucionais

##### 5.1. Comissão Constitucional (Portugal)

Parecer n.º 36/79, *Pareceres da Comissão Constitucional*, vol. 10, p. 167

Parecer n.º 7/80, *Pareceres da Comissão Constitucional*, vol. 20, p. 5

##### 5.2. Tribunal Constitucional Português

(Disponíveis para consulta in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>)

Ac. n.º 51/87 de 14/02/1987

Ac. n.º 54/87 de 10/02/1987

Ac. n.º 266/87, de 08/07/1987

Ac. n.º 401/91, de 30/10/1991

Ac. n.º 128/92, de 01/04/1992



## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

Ac. n.º 359/93, de 25/05/1993  
Ac. n.º 442/93, de 14/06/1993  
Ac. n.º 434/93, de 13/07/1993  
Ac. n.º 634/93, de 04/11/1993  
Ac. n.º 204/94, de 02/03/1994  
Ac. n.º 288/94, de 23/03/1994  
Acórdão n.º 479/94, de 07/07/1994  
Ac. n.º 41/95, de 01/02/1995  
Ac. n.º 316/95, de 20/06/1995  
Ac. n.º 317/95, de 20/06/1995  
Ac. n.º 318/95, de 20/06/1995  
Ac. n.º 338/95, de 22/06/1995  
Ac. n.º 339/95, de 22/06/1995  
Ac. n.º 340/95, de 22/06/1995  
Ac. n.º 341/95, de 22/06/1995  
Ac. n.º 388/95, de 22/06/1995  
Ac. n.º 392/95, e de 22/06/1995  
Ac. n.º 403/95, de 27/06/1995  
Ac. n.º 407/95, de 28/06/1995  
Ac. n.º 417/95, de 04/07/1995  
Ac. n.º 420/95, de 05/07/1995  
Ac. n.º 430/95, de 06/07/1995  
Ac. n.º 444/95, de 06/07/1995  
Ac. n.º 449/95, de 06/07/1995  
Ac. n.º 464/95, de 11/07/1995  
Ac. 465/95, de 11/07/1995  
Ac. n.º 472/95, de 10/08/1995  
Ac. n.º 474/95, de 17/08/1995  
Ac. n.º 690/95, de 05/12/1995  
Ac. n.º 138/96, de 07/02/1996

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

Ac. n.º 962/96, de 11/07/1996

Ac. n.º 1146/96, de 12/11/1996

Ac. n.º 181/97, de 05/03/1997

Ac. n.º 354/97, de 30/04/1997

Ac. n.º 355/97, de 07/05/1997

Ac. n.º 489/97, de 02/07/1997

Ac. n.º 159/98, de 30/04/1998

Ac. n.º 650/98, de 17/11/1998

Ac. n.º 690/98, de 15/12/1998

Ac. 75/99, de 03/02/1999

Ac. n.º 345/99, de 15/06/1999

Ac. n.º 416/99, de 29/06/1999

Ac. n.º 470/99, de 14/07/1999

Ac. n.º 533/99, de 12/10/1999

Ac. n.º 365/2000, de 05/07/2000

Ac. n.º 1/2001, de 10/01/2001

Ac. n.º 107/2001, de 14/03/2001

Ac. n.º 423/2001, de 09/10/2001

Ac. n.º 72/2002, de 20/02/2002

Ac. n.º 255/2002, de 12/06/2002

Ac. n.º 275/2002, de 19/06/2002

Ac. n.º 345/2002, de 11/07/2002

Ac. n.º 433/2003, de 29/09/2003

Ac. n.º 554/2003, de 12/11/2003

Ac. n.º 88/2004, de 10/02/2004

Ac. n.º 208/2004, de 24/03/2004

Ac. n.º 232/2004, de 25/03/2004

Ac. n.º 590/2004, de 06/10/2004

Ac. n.º 384/2005, de 13/07/2005

Ac. n.º 599/2005, de 02/11/2005

Ac. n.º 276/2006, de 02/05/2006

Ac. n.º 618/2007, de 19/12/2007

Ac. n.º 73/2009, de 11/02/2009

Ac. n.º 128/2009, de 12/03/2009

Ac. n.º 121/2010, de 08/04/2010

Ac. n.º 154/2010, de 20/04/2010

Ac. n.º 401/2011, de 22/09/2011

Ac. n.º 96/2013, de 19/02/2013

Ac. n.º 141/2015, de 25/02/2015

Ac. n.º 296/2015, de 25/05/2015

### **5.3. Conseil Constitutionnel Francês**

(Disponíveis para consulta *in* <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>)

*Décision* n.º 86-126, de 30/12/1980

*Décision* n.º 81-130, de 30/10/1981

*Décisions* n.º 89-261 de 28/07/1989

*Décision* n.º 89-266 de 09/01/1990

*Décision* n.º 89-269 de 22/01/1990

*Décision* n.º 92-307, de 25/02/1992

*Décision* n.º 93-325, de 13/08/1993

*Décision* n.º 97-389, de 22/04/1997

*Décision* n.º 2003-484, de 20/11/2003

*Décision* n.º 2006-539, de 20/07/2006

### **5.4. Corte Costituzionale italiana**

(Disponíveis para consulta *in* <http://www.giurcost.org/>)

*Sentenza* n.º 120/1967, de 15/11/1967

*Sentenza* n.º 104/1969, de 26/06/1969

*Sentenza* n.º 46/1977, de 04/01/1977

*Sentenza* n.º 54/1979 de 15/06/1979

*Sentenza* n.º 193/1985, de 28/06/1985

*Sentenza* n.º 62/1994, de 10/02/1994

*Sentenza* n.º 28/1995, de 12/01/1995

*Sentença* n.º 20/1997, de 3 de 17/06/1997

*Sentença* n.º 353/1997, de 21/11/1997

*Sentença* n.º 376/2000, de 12/07/2000

*Sentença* n.º 105/2001, de 11/03/2001

*Ordinança* n.º 232/2001 de 04/07/2001

*Sentença* n.º 252/2001, de 05/07/2001

*Sentença* n.º 224/2005 de 06/06/2005

*Ordinança* n.º 192/2006 de 13/05/2006

*Sentença* n.º 306/2008, de 29/07/2008

*Sentença* n.º 245/2010, de 05/07/2010

### **5.5. Tribunal Constitucional Espanhol**

(Disponíveis para consulta *in* <http://hj.tribunalconstitucional.es/es>)

*Sentencia* n.º 107/1984, de 23/11/1984

*Sentencia* n.º 62/1994, de 28/02/1984

*Sentencia* n.º 99/1985, de 30/09/1985

*Sentencia* n.º 115/1987 de 07/07/1987

*Sentencia* n.º 94/1993, de 22/03/1993

*Sentencia* n.º 12/1994, de 17/01/1994

*Sentencia* n.º 130/1995, de 11/09/1995

*Sentencia* n.º 91/2000, de 30/03/2000

*Sentencia* n.º 137/2000, de 30/06/2000

*Sentencia* n.º 95/2003, de 22/05/2003

*Sentencia* n.º 34/2004, de 8/03/2004

*Sentencia* n.º 72/2005, de 04/04/2005

*Sentencia* n.º 5/2007, de 15/01/2007

*Sentencia* n.º 236/2007, de 07/11/2007

*Sentencias* n.º 173/2008, 183/2008, 184/2008, de 22/02/2008.

*Décision* n.º 2005-528 , de 15/12/2006

### 5.6. Tribunal Constitucional Federal Alemão

(Disponíveis para consulta *in*

[http://www.bundesverfassungsgericht.de/SiteGlobals/Forms/Suche/EN/Entscheidungensuche\\_Formular.html?language\\_=en](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SiteGlobals/Forms/Suche/EN/Entscheidungensuche_Formular.html?language_=en))

Ac. de 18/12/2002, 2 BvF 1/02.

### 5.7. Supreme Court (EUA)

(Os Acórdãos encontram-se citados na forma oficial, através de indicação do nome do caso, seguido do volume da compilação na qual que se encontra publicado, a referência à 1ª página e ano de prolação da decisão. Os mesmos encontram-se disponíveis para consulta *in* <http://www.supremecourt.gov/opinions/casefinder.aspx>).

*Foster c. Neilson*, 27 U.S. 253 (1829)

*Norris c. City of Boston*, 48 U.S. 283 (1849)

*Head Money – Edye c. Robertson*, 112 U.S. 580 (1884)

*Edye c. Robertson*, 112 U.S. 580 (1884)

*Yick Wo c. Hopkins*, 118 U.S. 356 (1886)

*Chae Chan Ping c. United States*, 130 U.S. 581 (1889)

*Nishimura Ekin c. United States*, 142 U.S. 651 (1892)

*Fong Yue Ting c. United States*, 140 U.S. 698 (1893)

*Lees c. United States*, 150 U.S. 476 (1893)

*Wong Wing c. United States*, 163 U.S. 228 (1896)

*United States ex. rel. Turner c. Williams*, 194 U.S. 279 (1904)

*Ng Fung Ho c. White*, 259 U.S. 276 (1922)

*United States ex. Rel. Knauff c. Shaughnessy*, 338 U.S. 537 (1950)

*Harisiades c. Shaughnessy, Mascitti c. Grath, Coleman c. McGrath*, 342 U.S., 580 (1952)

*Graham c. Richardson*, 403 U.S. 365 (1971)

*Kleindienst c. Mandel*, 408 U.S. 753 (1972)

*Almeida-Sanchez c. United States*, 413 U.S. 266 (1973)

*Mathews c. Diaz*, 426 U.S. 67 (1976)

*Foley c. Connelie*, 435 U.S. 291 (1978)

*Phyller c. Doe* 457, U.S. 202 (1982)

*Landon c. Plasencia*, 459 U.S. 21 (1982)

*United States c. Verdugo-Urquidez*, 494 U.S. 259 (1990)

*Reno c. Flores*, 507 U.S. 292 (1993)

*Sale c. Haitian Centers Council*, 509 U.S. 155 (1993)

## **6) Outros tribunais portugueses**

(Disponíveis para consulta in <http://www.dgsi.pt/>).

### **6.1. Supremo Tribunal de Justiça**

Ac. de 05/03/1997, proc. n.º 96P1011

Ac. de 04/06/1997, proc. n.º 97P351

Ac. de 14/03/2003, proc. n.º 03P786

Ac. de 02/04/2003, proc. n.º 03P614

Ac. de 28/05/2003, proc. n.º 03P872

Ac. de 27/09/2006, proc. n.º 06P2802

Ac. de 19/07/2007, proc. n.º 07P2836

Ac. de 16/01/2008, proc. n.º 07P4638

Ac. de 12/03/2008, proc. n.º 08P927

Ac. de 13/03/2008, proc. n.º 08P926

Ac. de 17/04/2008, proc. n.º 07P4840

Ac. de 10/12/2008, proc. n.º 08P2147

Ac. de 21/01/2009, proc. n.º 08P3922

Ac. de 03/12/2009, proc. n.º 76/09.5ZRLRA-A.S1

Ac. de 09/06/2010, proc. n.º 2681/97.1PULSB-A.S1

Ac. de 14/04/2011, proc. n.º 40/08.1PJCSC

Ac. de 27/10/2011, proc. n.º 131/07.6PJAMD-C.S1

Ac. de 04/02/2015, proc. n.º 64/11.1PJAMD-B.S1

### **5.2. Supremo Tribunal Administrativo**

Ac. de 02/03/2000, proc. n.º 044933

Ac. de 07/02/2001, proc. n.º 044852

Ac. de 27/03/2003, proc. n.º 0831/02

Ac. de 09/02/2005, proc. n.º 02034/03

### **5.3. Tribunal da Relação de Lisboa**

Ac. de 08/10/2003, proc. n.º 6523/2003-3

Ac. de 11/02/2004, proc. n.º 1193/2004-3

**5.4. Tribunal Central Administrativo – Sul (Portugal)**

Ac. de 07/03/2013, proc. n.º 01949/10.8BEPRT

## DOCUMENTOS

### 1. Conselho da Europa

*Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*

#### Assembleia Parlamentar

Recomendação 1201 (1993) *on an additional protocol on the rights of national minorities to the European Convention on Human Rights*, de 01/02/1993

Recomendação 1504 (2001), sobre não-expulsão de imigrantes de longa duração, 14/03/2001

Recomendação 1201 (1993) *on an additional protocol on the rights of national minorities to the European Convention on Human Rights*, de 01/02/1993

Recomendação 1686 (2004), sobre mobilidade humana e direito ao reagrupamento familiar, de 17/06/2005

#### Comité de Ministros

Resolução (78) 33 sobre reagrupamento familiar no quadro das migrações de trabalhadores dos Estados-Membros do Conselho da Europa, 08/06/1978

Recomendação 15 (2000), sobre o estatuto de residentes de longa duração, 13/09/2000

Recomendação (2002) 4 sobre o estatuto legal das pessoas admitidas para efeitos de reunificação familiar, 26/03/2002

*Twenty Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on Forced Return*, 04/05/2005

#### Comissão Europeia contra o Racismo Intolerância

*General Policy Recommendation No. 7 on national legislation to combat racism and racial discrimination*, de 17/02/2003

#### Comité Europeu dos Direitos Económicos

Comentário Geral n.º 20, *Non-discrimination in economic, social and cultural rights*, de 02/07/2009

Conclusões 2011, Introdução Geral

### 2) Nações Unidas

#### 2.1. Comité dos Direitos Humanos

##### Comentários Gerais

Comentário Geral n.º 15, *The position of aliens under the Covenant*, de 30/09/1986

Comentário Geral n.º 16, *The right to respect of privacy, family, home and correspondence, and protection of honour and reputation*, de 28/09/1988



## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

Comentário Geral n.º 18, *Non Discrimination*, de 10/11/1989

Comentário Geral n.º 20, *Prohibition of torture, or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, de 30/09/1992

Comentário Geral n.º 27, *Freedom of movement*, de 18/10/1999

Comentário Geral n.º 27, *Freedom of movement*, de 01/11/1999

Comentário Geral n.º 31, *Nature of the General Legal Obligation on States Parties to the Covenant*, de 26/05/2004

Comentário Geral n.º 32, *Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial*, de 23/08/2007

### **Observações aos Estados**

Concluding Observations: United States of America, U.N.Doc. CCPR/C/79/Add.50, A/50/40 (1995).

Concluding Observations: Dominican Republic, U.N.Doc., CCPR/CO/71/DOM (2001)

Concluding Observations: Netherlands, U.N.Doc., CCPR/CO/72/NET, (2001)

## **2.2.Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais**

Comentário Geral n.º 20, *Non-discrimination in economic, social and cultural rights*, de 02/07/2009

## **2.3.Comité contra a Tortura**

Comentário Geral n.º 1, *Implementation of Article 3 of the Convention in the Context of Article 22 (Refoulement and Communications)*, de 21/11/1997

## **2.4. Comité para a Eliminação da Discriminação Racial**

### **Comentários Gerais**

Comentário Geral n.º 13, *The right to education*, de 08/12/1999

Comentário Geral n.º 15, *The right to water*, de 20/01/2003

Comentário Geral n.º 30, *Discrimination Against Non Citizens*, 19/08/2004

### **Observações aos Estados**

Observações feitas aos Emirados Árabes Unidos, 08/05/1995

Observações feitas ao Reino Unido, 10/12/2003.

## **2.5. Comité dos Direitos da Criança**

### **Comentários Gerais**

Comentário Geral n.º 6, *Treatment of unaccompanied and separated Children outside their country of origin*, 01/09/2005

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

Comentário Geral n.º 14, *On the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration*, 29/05/2013.

### **Observações aos Estados**

Observações respeitantes à Áustria, 07/05/1999

Observações respeitantes à Austrália, 10/10/1997

Observações respeitantes à Malásia, 25/06/2007

### **2.6. Outros**

Resolução do Conselho de Segurança 1373, de 28 de Setembro de 2001, UN Doc S/RES/1373 (2001)

International Law Commission, *Report on the work of the fifty-sixth session* (2004), (in <http://legal.un.org/ilc/reports/2004/>)

## **3) União Europeia**

### **Conclusões do Conselho Europeu**

Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Colónia, de 3 e 4 de Junho de 1999

Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Tampere, de 15 e 16 de Outubro de 1999

Estratégia de Lisboa, plano de desenvolvimento estratégico da União Europeia, aprovado pelo Conselho Europeu em Lisboa, Março de 2000

Pacto de Imigração e Asilo, Conselho da UE, 24 de Setembro de 2008

Programa de Estocolmo, “Uma Europa aberta e segura que sirva e proteja os cidadãos”, de 04 de Maio de 2010.

### **Resoluções do Conselho Europeu**

Resolução do Conselho, de 20 de Junho de 1994, relativa às restrições à admissão de nacionais de países terceiros no território dos Estados-membros a fim de aí obterem emprego

Resolução do Conselho, de 30 de Novembro de 1994, relativa às restrições à admissão de nacionais de países terceiros no território dos Estados-membros a fim de aí exercerem uma actividade profissional independente

### **Comunicações da Comissão Europeia**

Proposta de acto do Conselho que estabelece a Convenção relativa às regras de admissão de nacionais de países terceiros nos Estados-membros, COM (97) 387 final, de 30/07/1997

Proposta de Diretiva do Conselho relativa ao direito ao reagrupamento familiar, COM (1999) 638 final, de 01/12/1999

Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu relativa a uma Política da Comunidade em matéria de Imigração, COM (2000) 757 final, de 22/11/2000

## A Proteção Derivada de Direitos Fundamentais de Imigração

Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões relativa à Imigração, à Integração e ao Emprego, COM (2003) 336 final, de 03/06/2003

Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões - Estudo sobre as relações entre a imigração legal e a imigração clandestina, COM (2004) 412 final, de 04/06/2004

Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu: “Programa de Haia: dez prioridades para os próximos cinco anos. Parceria para a renovação europeia no domínio da liberdade, da segurança e da justiça”, COM (2005) 184 final, de 10/05/2005

Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular, COM (2005) 391 final, de 01/09/2005

Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões «Uma política comum de imigração para a Europa: princípios, ações e instrumentos» COM (2008) 359 final, de 17/06/2008

Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre a aplicação da Diretiva 2003/86/CE relativa ao Direito ao Reagrupamento Familiar (COM (2008) 610 final, de 08/10/2008

Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a aplicação da Diretiva 2003/109/CE relativa ao estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duração, COM (2011) 585 final, de 28/09/2011

Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Agenda Europeia da Migração, COM (2015) 240 final, de 13/05/2015.

### 4) Outros

Instituto de Direito Internacional, *Regras comuns sobre a admissão e expulsão de estrangeiros*, 8 e 9 de setembro de 1892.

Declaração de Princípios de Direito Internacional sobre Expulsões Coletivas, adotada na 62ª Conferência da Associação de Direito Internacional, Seul, agosto de 1986

Declaração de Estrasburgo sobre o direito de sair e regressar, de 26/11/1986

OCDE, *International Migration Outlook*, 2013.